UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE
DES
ASSOCIATIONS COMMERCIALES
EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le Vendredi 15 Juillet 1910, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

GEORGES POURCHER

PRÉSIDENT : M. BAILLY, Doyen.

SUFFRAGANTS { M. DESSERTEAUX, professeur.
M. LOUIS-LUCAS, professeur.

CLERMONT-FERRAND
IMPRIMERIE MODERNE, A. DUMONT, DIR^r
15, rue du Port, 15

1910

DE LA NATURE

DES ASSOCIATIONS COMMERCIALES

EN PARTICIPATION

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE
DES
ASSOCIATIONS COMMERCIALES
EN PARTICIPATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le Vendredi 15 Juillet 1910, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

GEORGES POURCHER

PRÉSIDENT : M. BAILLY, Doyen.

SUFFRAGANTS { M. DESSERTEAUX, professeur.
M. LOUIS-LUCAS, professeur.

CLERMONT-FERRAND
IMPRIMERIE MODERNE, A. DUMONT, DIR^r
15, rue du Port, 15

1910

UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon Père et à ma Mère,

Hommage de grande affection et de profonde reconnaissance.

G. P.

BIBLIOGRAPHIE

ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, 1re édition, Paris 1856.

ARTHUYS. — Traité des sociétés commerciales, Paris 1906.

BÉDARRIDE. — Des sociétés, 2e édition, Paris 1872.

BOISTEL. — Manuel de droit commercial, 1re édition, Paris 1887.

BRAVARD, VEYRIÈRES, DEMANGEAT. — Traité de droit commercial, 1re édition, Paris 1862.

DALLOZ. — Jurisprudence générale, répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. — Supplément au répertoire. — Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.

DELAMARRE et LEPOITVIN. — Traité théorique et pratique de droit commercial, 2e édition, Paris 1861.

DELANGLE. — Des sociétés commerciales, 1re édition, Paris 1843.

DELOISON. — Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères, 1re édition, Paris 1882.

GUILLOUARD. — Traité du contrat de société, Paris 1891.

HOUPIN. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales (avec formules), 4e édition, Paris 1909.

JOURNAL DES SOCIÉTÉS.

JOUSSE. — Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673.

LACOUR. — Note sous Paris 8 janvier 1900, D. 1902. 2. 105.
Note sous Paris 9 janvier 1907, D. 1908. 2. 393.

LYON-CAEN et RENAULT. — Manuel de droit commercial, 7e édition. Paris 1904. — Traité de droit commercial, 4e édition, Paris

1908, spécialement le tome II, 1re et 2e parties relatif aux sociétés.

MALEPEYRE et JOURDAIN. — Traité des sociétés commerciales, 1re édition, Paris 1833.

MOLINIER. — Traité de droit commercial, 1re édition, Paris 1846.

PANDECTES FRANÇAISES. — Nouveau répertoire de doctrine, de législation, de jurisprudence 1902. Verbo Société, Sociétés en participation.

PARDESSUS. — Cours de droit civil, 5e édition, Paris 1841.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3e édition, Paris 1904.

PONT. — Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales, spécialement le tome II, consacré aux sociétés commerciales, 1re édition, Paris 1880.

POTHIER. — Œuvres de Pothier publiées par les soins de M. Dupin, T. III, Traité du contrat de société, Paris 1825.

POULLE. — Traité théorique et pratique des associations commerciales en participation, Paris 1887.

ROUSSEAU. — Des sociétés commerciales françaises et étrangères, Paris 1878, 1re édition.

SAGLIER. — Des associations commerciales en participation, Paris 1867.

SAVARY. — Le Parfait Négociant, Genève 1732, IIe partie.

SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.

THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime, 2e édition, Paris 1900. — Note sous Cassation, 10 mars 1886, D. 1887. 1. 65.

TROPLONG. — Le droit civil expliqué, Tomes 6 et 7, Du contrat de société civile et commerciale, Paris 1843.

VAVASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 3e édition, Paris 1883.

INTRODUCTION

1. — Vouloir démontrer l'utilité de l'Association serait aujourd'hui faire œuvre inutile.

L'Association représente en effet la puissance de l'union et l'effort du siècle qui vient de s'écouler a particulièrement manifesté la tendance sociale à grouper les individus pour la défense de leurs intérêts communs.

C'est grâce à l'Association que les hommes ont pu totalement modifier en les améliorant les conditions de la vie.

Ils ont compris que certaines entreprises trop lourdes pour l'intelligence ou la fortune d'un seul pourraient être réalisées par la coopération intellectuelle ou financière d'un grand nombre, et que cette coopération, en répartissant les taches et en divisant les risques, permettrait à une collectivité d'atteindre le but auquel ne seraient jamais parvenues des initiatives individuelles.

Et alors on a vu de toute part cette magnifique éclosion d'associations, de sociétés, de compagnies, de syndicats qui sont la manifestation la plus expressive des tendances sociales modernes.

2. — Suivant que ces groupements ont eu pour objectif

de réaliser des bénéfices (sociétés industrielles, commerciales, de finances, etc.), ou d'atteindre un but désintéressé (sociétés charitables, religieuses, littéraires, scientifiques, etc.), ils ont reçu le nom de sociétés ou d'associations proprement dites.

Les sociétés se divisent elles-mêmes en sociétés civiles et sociétés commerciales. Elles appartenaient à l'une ou l'autre catégorie, suivant que leur objet était civil (achats et ventes d'immeubles par exemple) ou commercial (exploitation d'une branche de commerce ou d'industrie, réalisation d'une ou de plusieurs opérations de commerce). Mais la loi du 1er août 1893 a ajouté à la loi du 24 juillet 1867 l'article 68 aux termes duquel : « Quel que soit leur objet les sociétés en commandite ou anonyme qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ».

Les sociétés commerciales se subdivisent à leur tour, suivant les différents modes de constitutions que le législateur reconnaît, en sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés anonymes « sociétés en participation ».

3. — Ces dernières, auxquelles on donne plus généralement le nom d'Associations, se distinguent complètement des autres au point de vue de leur constitution, de leur fonctionnement et de leur preuve.

Le législateur les a soumises à un régime de faveur

dont il nous a paru intéressant de rechercher les motifs dans leur nature.

Notre étude comprendra en premier lieu un aperçu historique dont l'intérêt ressort de cette considération qu'en cette matière le législateur moderne s'est référé à la pratique antérieure.

Nous aurons ensuite à déterminer le caractère propre de cette Association ; il réside, nous le verrons, dans cette particularité qu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers.

Nous serons amené à faire justice de l'opinion erronée suivant laquelle la participation n'est pas une véritable société et nous la caractériserons en la définissant : Une société occulte.

A l'égard des tiers elle n'a pas d'existence : nous étudierons les conséquences de ce principe dans lequel réside toute l'originalité de cette société.

Entre les associés elle est une véritable société ; nous ne ferons qu'indiquer très sommairement ce qui en résulte ; sous cet aspect la participation ne présente aucun caractère spécial et obéit aux règles générales qui gouvernent le contrat de société.

PREMIÈRE PARTIE

Détermination des caractères de l'Association en Participation

PREMIÈRE PARTIE

Détermination des caractères de l'Association en Participation

CHAPITRE Ier

HISTORIQUE

§ I. — PÉRIODE ANTÉRIEURE AU MOYEN-AGE

4. — Le Code de Commerce reconnaît l'existence des Associations en participation (1). Mais, avant lui, aucun législateur n'en avait fait mention. Devons-nous en conclure qu'elles sont une invention du législateur de 1807 ? Assurément non.

Et d'abord il existe, dans les auteurs anciens, des traces nombreuses des applications fréquentes que, soit en Italie, soit en France, la participation a reçues dans la pratique. Et, si nous ne trouvons pas de vestiges de l'existence de cette société dans les documents qui nous restent des époques antérieures au Moyen-Age, il serait téméraire

(1) Article 48.

d'en conclure à son inexistence, alors qu'elle répond d'une façon si simple et si parfaite à la nécessité de s'unir que les hommes ont de tout temps éprouvée.

5. — Avant même, en effet, que les jurisconsultes et les législateurs se soient préoccupés d'élaborer des règles précises pour le contrat de société, le besoin de l'association s'était fait sentir, et, pour y satisfaire, on a dû recourir à des formes de sociétés dont la simplicité était en harmonie avec les conditions de la vie à ce moment. L'association en participation seule présente les caractères qui conviennent aux époques primitives. Elle se constitue par le seul accord des volontés, ne produit d'effets complets qu'entre les associés, elle est sans existence à l'égard des tiers, dont les rapports avec les participants se règlent comme s'il n'y avait pas d'association. Son résultat se concentre dans le compte de profits et pertes que doivent se rendre mutuellement ceux qui en font partie. C'est la forme la plus simple que des associés puissent adopter pour atteindre en commun le but qu'ils poursuivent.

Elle a dû être employée dès que les hommes ont compris les avantages de l'union, précédant de beaucoup les formes plus complexes dont l'apparition suppose un degré de civilisation plus avancé.

6. — Même après l'introduction de ces formes dans les mœurs et coutumes, la participation a dû conserver sa place, car elle répond à des exigences que ne peuvent satisfaire les autres formes de sociétés. Elle est notam-

ment la seule que, grâce à sa rapidité de constitution, on puisse employer pour faire en société les opérations urgentes. Elle permettait aussi, grâce à son caractère occulte, aux personnes qui ne pouvaient être commerçantes, de faire fructifier leurs capitaux, par le moyen du commerce, sans se faire connaître.

« Elle existait partout où existaient des hommes » (1).

« C'est un instrument précieux que le commerce n'a jamais dû négliger » (2).

7. — Comment dès lors expliquer le silence des législateurs antérieurs à celui de 1807 ? C'est qu'ils ont craint, en posant des règles trop précises, de contrarier la liberté d'allure de la participation et par conséquent d'en altérer la nature ; ils ont préféré, en la laissant sous l'empire du pur droit naturel, respecter à son égard le principe de la liberté des conventions.

Et d'ailleurs, les motifs qui ont poussé les législateurs à restreindre à des formes déterminées la faculté de s'associer sont tirés, pour la plupart, du désir de protéger les droits des tiers, auxquels les sociétés sont opposables. Or, dans la participation, tout se borne à des rapports d'associés à associés, tenus de se rendre mutuellement compte des opérations qu'ils ont réalisées pour le compte

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, Traité théorique et pratique de droit commercial, Tome VI, Chap. III, N° 114.

(2) Poulle, Traité théorique et pratique des associations commerciales en participation, Paris 1887 ; Chap. I, N° 19.

commun ; cette société, nous le verrons, n'a pas de rapports avec les tiers et cette absence d'existence extérieure a fait affranchir sa naissance de toutes les formalités qui accompagnent généralement celle des autres sociétés.

Quoi qu'il en soit, pour toute la période qui précède le Moyen-Age, nous sommes réduits à des conjectures.

Quelques auteurs, sans se prononcer catégoriquement, croient à l'existence de la participation à Rome et à Athènes. Poulle (1) voit quelque chose d'analogue dans les associations de capitalistes à Athènes et Saglier (2), à Rome, dans la société « Alicujus negotiationis vel unius rei ».

Nous ne nous attarderons pas à chercher pourquoi l'existence de cette société n'a pas laissé de traces à cette époque. L'historique a une grande importance dans notre étude, mais il ne nous sera utile que par les documents que nous y puiserons, et qui nous permettront de suppléer à l'insuffisance notoire des textes de lois que nous avons aujourd'hui à notre disposition.

§ II. — LA PARTICIPATION EN ITALIE

8. — C'est à propos de deux contrats, l' « implicita » et l' « accomenda », que les auteurs italiens se sont servi des expressions « participatio » « particeps », don-

---

(1) Op. cit. Chap. I, N° 22.

(2) Saglier, Des associations commerciales en participation, Paris 1868, pages 2 et 3.

nant ainsi à croire que c'est là qu'il faut chercher l'origine de la participation.

Un examen approfondi de l' « implicita » montre qu'elle doit être considérée plutôt comme un contrat de louage d'industrie que comme une société. C'était en effet un contrat par lequel des gens de mer recevaient des pacotilles ou des fonds pour les faire fructifier, mais stipulaient, comme rétribution de leurs peines, un tant pour cent qui leur était assuré à toute éventualité (1). Le mot « participation » y désigne la part d'intérêt que chacun des contractants a dans l'affaire gérée, mais non pas le contrat lui-même qui, n'étant pas une société, ne peut être l'origine de notre participation.

L' « accomenda » était une véritable société. Comme l' « implicita », elle intervenait entre des capitalistes et des marchands ou marins, à qui les premiers confiaient des marchandises ou des capitaux avec la mission de les faire fructifier au cours de leurs excursions et d'en rapporter le profit. Le marchand ou marin seul était connu des tiers ; il était uni à ses bailleurs de fonds par un véritable lien de société qui les soumettait les uns et les autres aux aléas de l'opération, leur donnait droit à une

---

(1) Troplong. Du contrat de société civile et commerciale, Paris 1843, Tome I, N° 351, p. 358, N° 5, dit en parlant de l' « implicita » : « Cette espèce de commande fort usitée dans le droit maritime est plutôt un contrat de louage qu'une société à cause de l'exemption du risque et de l'assurance du profit qui répugne à la société », V. aussi T. II, N°s 649 et 650.

part dans les bénéfices, et les obligeait à contribuer aux pertes. Elle retiendra seule notre attention.

9. — Troplong y voit l'origine de la société en commandite (1) du Code de Commerce, mais il constate aussi qu'à ce moment la commandite ne se distinguait pas de la participation (2) avec laquelle les auteurs l'ont, la plupart du temps, confondue. C'est la raison pour laquelle, à propos de la commandite, nous trouvons exposés, dans les auteurs italiens, les effets de la participation dans les rapports des participants entre eux et dans ceux qu'ils ont avec les tiers.

Les effets de cette société entre les participants sont expliqués différemment suivant les auteurs et dans la jurisprudence. La question de savoir s'ils sont de véritables associés ou de simples créanciers ou bailleurs de fonds a divisé la doctrine italienne.

Pour le cardinal Delucca les participants ne sont pas associés entre eux. (De credito disc. 87, n° 7) (3).

L'arrêtiste Straccha, dans ses notices des arrêts de la rote de Gênes, réflète les variations de la jurisprudence

---

(1) Troplong, op. cit. T. I, N° 384 ; Préface, page LXVIII.

(2) Troplong, op. cit. T. I, N° 385.

(3) Troplong, op. cit. T. I, N° 385, cite du cardinal Delucca les lignes suivantes où se trouve affirmée la différence entre la société et la participation : « Quodque admissio dicti marchionis ad illud particulare negotium, tam pro subministratione pecuniæ quam pro ejus protectione (quæ, attenta temporum qualitate, magna erat) importasset simplicem participationem, non autem societatem..... »

de cette époque. Et d'abord il refuse d'appliquer aux participants entre eux les effets que produit le contrat de société entre les associés et par conséquent affranchit le participant inactif de la responsabilité des actes de celui qui agit car « non per omnia socius est » (1). Puis il modifie son opinion pour reconnaître une certaine identité entre le participant et l'associé : « Participem, seu eum qui habet partem in negotio dici proprie socium » (2), et enfin pour rejeter toute différence entre eux : « Revera hœc duo nomina, socius et particeps, in alio non dissentiunt quam nomine. Effectu enim in omnibus concordant » (3).

Ces divergences, ces flottements d'opinion n'existent plus quand il s'agit des effets de la participation dans les rapports des participants avec les tiers ; la jurisprudence et la doctrine italiennes sont alors unanimes à ne pas considérer le participant comme un associé.

Les tiers ne connaissent que celui qui a traité avec eux ; à leur égard le lien de société qui unit les participants n'existe pas. Quand ils contractent avec le gérant agissant pour le compte de la société, ce dernier n'engage que sa propre responsabilité, parce qu'il figure au contrat seul et en son propre nom et non pas au nom de ses co-associés.

---

(1) Décis. 39, N^{os} 6 et 10. V. Poulle, op. cit. N° 29.

(2) L. cum in societate, 3. c. Pro socio). V. Troplong, op. cit. T. I. N° 493.

(3) Décis. 46. V. Troplong, op. cit. T. I. N° 493.

Ils n'ont, par conséquent, d'action que contre leur obligé, sans pouvoir atteindre, en se basant sur l'existence d'une société qui ne leur est pas opposable, les associés de leur débiteur devenu insolvable. Réciproquement, les participants, autres que celui qui a figuré en nom dans le contrat ne peuvent actionner, pour obtenir l'exécution de leurs engagements, les tiers qui ont traité avec l'associé connu.

Les auteurs refusent universellement tout effet à la participation à l'égard des tiers, et les décisions contenues dans la rote de Gênes (1) nous montrent que la jurisprudence est conforme à la doctrine. Troplong fait mention (2) de quelques-uns des textes qui lui ont paru le plus caractéristiques ; à son exemple nous citerons le cardinal Delucca qui a exposé d'une façon très nette la différence entre les effets de la société et ceux de la participation à l'égard des tiers. (Disc. 87, n° 7). « In casu so-« cietatis, debitum ab uno socio, in causam negotii so-« cietatis contractum, obligat alterum — et, e converso, « exclusa societate ac posita simplici admissione ad « participationem, contrarium dicendum est ».

---

(1) Décis. 14. N° 120, N^{os} 50, 61, 80, 118, 119, 120. V. Troplong, T. II, N^{os} 783 à 799 où il rappelle une importante décision de la rote de Gênes qui n'admit pas l'action d'un créancier contre un participant inactif. Cette décision se termine par ces mots caractéristiques : « Qu'on se fixe bien sur la qualité de participant ; elle donne droit à un compte à la fin de l'opération, c'est une affaire entre les associés, cela ne regarde pas les créanciers ».

(2) Troplong, op. cit. T. I. N° 494.

Casaregis n'est pas moins clair : « Maxima est diffe-
« rentia inter socium et participem et sic diversi in jure
« producuntur effectus, quorum præcipui sunt, ut par-
« ticipes non teneantur nisi ad ratam capitalis pro quo
« participant in negotio ; neque ipsi agere possunt contra
« debitores societatis, neque conveniri valent a credito-
« ribus societatis » (1). (Disc. 39, nos 31-32).

10. — En résumé, qu'il y ait ou non société entre les participants, tous les effets de la participation italienne se concentrent dans les rapports de ses membres entre eux ; à l'égard des tiers aucune responsabilité ne peut résulter pour eux de leur qualité de participants, la participation est occulte, c'est-à-dire sans existence extérieure (2).

§ III. — LA PARTICIPATION SOUS L'ORDONNANCE DE 1673

11. — Dans le droit italien, la participation se confondait avec la commandite ; les effets de l'une et de l'autre étaient expliqués à propos de l'étude de l' « accomenda », contrat qui a donné naissance à la société en commandite actuelle, mais qu'on ne peut pas considérer comme l'ori-

---

(1) Troplong, op. cit. T. I, N° 494.

(2) V. Poulle, op. cit. Nos 28 à 31 ; Rousseau, Des sociétés commerciales françaises et étrangères, Paris 1878. T. II. Chapitre XII. Des associations en participation, N° 1720 ; Bedarride, Des Sociétés, Paris 1872, 2e édit. T. II. N° 425.

gine de notre participation, à cause des différences qui l'en séparent tant en la forme qu'au fond (1).

L'Ordonnance de 1673 opéra la distinction entre ces deux contrats en réglementant la société en commandite ; quant à la participation, ses auteurs la passent sous silence, manifestant ainsi leur désir de laisser subsister à son égard le régime de la liberté et de ne pas en contrarier la nature par une réglementation trop étroite. Ce silence peut s'expliquer autrement que par un oubli du législateur dont l'unique préoccupation, en édictant des règles pour les sociétés, avait été de protéger l'intérêt public auquel la participation est totalement étrangère (2).

12. — Nous n'aurions donc pas de vestiges de ce qu'a été la participation à cette époque en France si les auteurs, qui ont commenté l'ordonnance de 1673, n'avaient suppléé au défaut de textes de cette dernière, en nous laissant des renseignements précieux et nombreux sur les caractères de cette société qui paraît avoir reçu, à ce moment, de très fréquentes applications.

Au premier rang de ces auteurs, nous plaçons Savary qui, dans « Le Parfait Négociant », nous a laissé de la participation une analyse complète qui nous permettra d'en dégager la physionomie.

Après l'avoir comprise, sous le nom de « Anonyme », au nombre des autres sociétés, et l'avoir distinguée par son

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, Traité théorique et pratique de droit commercial, Tome VI, Paris 1861. Chap. III. N° 114.

(2) Troplong, op. cit. T. I. N° 489.

caractère occulte des sociétés en nom collectif et en commandite (1), il explique que la qualification d'anonyme lui a été donnée parce qu'elle n'intéresse pas le public, à l'égard duquel celui-là seul des associés qui agit se trouve obligé ; par le fait de son existence, ses membres ne peuvent être obligés qu'entre eux réciproquement ; elle n'est soumise à aucune règle pour sa constatation ; elle est constituée verbalement ou par écrit et souvent pour une courte durée.

13. — Il expose ensuite quatre espèces différentes de participations dans une énumération qui n'a rien de limitatif étant donné le grand nombre d'objets auxquels elles peuvent s'appliquer. La première de ces espèces que l'on appelle compte en participation est la suivante : Un négociant de Marseille écrit à un négociant de Paris pour lui communiquer le détail des marchandises contenues dans un navire qui arrive de Smyrne, et pour lui demander s'il veut être de part avec lui dans l'achat qu'il compte faire, pour la revendre ensuite, de tout ou partie de la cargaison de ce navire. Le négociant de Paris lui répond qu'il veut bien entrer dans l'opération pour une moitié, un tiers, un quart, proportion suivant laquelle il prendra part aux prix d'achat des marchandises et aux bénéfices ou pertes qui résulteront de leur revente.

Dès que l'échange des correspondances a consommé l'accord des volontés, la participation a pris naissance, le

---

(1) Savary, Parfait Négociant, IIe partie. Liv. I, I, p. chap. 370.

contrat est parfait. Dès ce moment, le négociant de Paris se trouve tenu envers celui de Marseille de payer sa part dans l'achat et ils se trouvent réciproquement obligés de se tenir compte des profits et pertes de l'opération. Mais là se bornent les obligations du participant de Paris ; celui de Marseille seul se trouve obligé envers le maître du navire, ce dernier n'aurait donc aucune action contre le négociant de Paris, si celui de Marseille était devenu insolvable avant d'avoir effectué le payement du prix des marchandises ; et, de même, l'associé de Paris n'aurait aucune action contre le maître du navire pour le contraindre à l'exécution des engagements qu'il a contractés envers celui de Marseille ; la raison en est que ce dernier a agi seul et en son propre nom et que la société n'existe pas pour le public ; c'est pourquoi elle n'a pas besoin comme les autres « d'être enregistrée au Greffe de la Juridiction consulaire ou autres lieux ».

Si le négociant de Paris a vendu les marchandises composant le fonds de la société, celui de Marseille n'aura de même aucune action en payement du prix contre les acheteurs, et, en cas de faillite de celui de Paris, celui de Marseille n'aura aucun droit de préférence, mais devra subir le concours des autres créanciers de la faillite, pour le recouvrement de la part que lui devait son co-associé dans le capital ou dans les profits réalisés ; il en devait être décidé ainsi, parce que la société était ignorée des tiers acheteurs qui n'avaient connu que le participant de Paris.

Toutefois, si, en envoyant les marchandises au négociant de Paris pour qu'il les vendît, celui de Marseille avait agi à un autre titre que celui d'associé, au titre de commettant par exemple, il pourrait les revendiquer, si elles se trouvaient en nature dans la faillite de son coassocié ; mais, si elles ont été vendues au nom du négociant de Paris, il ne pourra en revendiquer le prix encore dû, parce qu'il est seulement créancier de son associé et non de ceux qui ont acheté les marchandises.

En résumé, entre les participants existe l'obligation réciproque de se tenir compte des bénéfices et de prendre part aux pertes ; aux yeux des tiers la société n'existe pas, l'associé seul qui a paru à une action contre ceux avec lesquels il a traité et seul il peut être actionné par eux.

La deuxième espèce de société anonyme que cite Savary est celle que font entre eux les marchands qui, voulant, dans les foires ou marchés, acheter une même marchandise, s'associent pour ne pas la payer au-dessus d'un certain prix ; ils achètent chacun de leur côté et partagent quand leurs opérations sont terminées.

La troisième espèce est analogue et intervient entre les marchands qui, ayant acheté des marchandises, s'entendent pour ne pas les revendre au-dessous d'un certain prix, et partager ensuite le bénéfice qui résulte de leur association.

Ces sociétés créent de véritables monopoles et seraient annulées aujourd'hui comme portant atteinte à la liberté des marchés, comme ayant par suite un objet illicite.

La quatrième espèce citée par Savary est celle que contractent plusieurs marchands dans le but d'envoyer l'un d'entre eux acheter une cargaison de blé dans un lieu où ils se vend à bon marché afin qu'ils puissent le revendre à gros bénéfices dans un endroit où il est très cher.

Enfin, il signale l'utilité que présente la participation pour les personnes de qualité qui peuvent, par ce moyen, et sans faire le commerce en nom, « faire profiter leur argent considérablement » (1).

14. — Comme Savary, Jousse (2) explique que la participation porte le nom de société anonyme, parce que ses membres n'agissent pas à l'égard des tiers en leur qualité d'associés et au nom de la société, mais en leurs noms particuliers ; cette société n'a d'effet qu'entre les participants qui se doivent le compte des profits et des pertes qu'ils partagent ; elle est quelquefois appelée momentanée parce qu'elle s'applique souvent à des opérations de courte durée.

C'est encore de la même manière que Pothier (3) explique la nature et les effets de la participation.

15. — Cette unanimité a permis de déterminer très nettement les caractères de cette association à l'époque de l'ordonnance de 1673. Ils peuvent se résumer ainsi : entre

---

(1) Savary, op. cit. p. 393 et suiv.

(2) Jousse, Commentaire sur l'Ordonnance de 1673, p. 222.

(3) Pothier, Traité du contrat de société, chap. II, N^{os} 61, 62 et 63.

les participants il existe une véritable société, aux yeux des tiers cette société n'existe pas.

Le lien de société qui existe entre les participants entraîne pour chacun à l'égard des autres l'obligation de leur tenir compte des achats, des ventes, et, d'une manière générale, des opérations qui font l'objet de la participation, celle de partager les bénéfices et celle de contribuer aux pertes en proportion de sa part ; l'exécution de chacune de ces obligations est assurée par une action correspondante donnée à chaque participant contre ses associés.

Les tiers, aux yeux desquels cette société n'existe pas, ne peuvent avoir d'action que contre celui des associés avec lequel ils ont eu des rapports juridiques, sans qu'il leur soit permis, comme cela se passe dans les sociétés ordinaires, d'atteindre, par une action directe les associés de leur débiteur ; réciproquement, ils ne sauraient être actionnés pour l'exécution des engagements qu'ils ont contractés envers un participant par les associés de ce dernier ; c'est la conséquence de l'inexistence juridique de l'association à leur égard.

La participation n'a souvent pour objet qu'une ou plusieurs opérations de courte durée, d'où le nom de « Société momentanée » qui lui est donné quelquefois.

§ IV. — L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION DANS LE CODE DE COMMERCE

16. — Nous venons de voir ce qu'était la participation dans le droit antérieur au Code de commerce. Le législateur de 1673 l'avait ignorée, mais, en assignant à la commandite des caractères et un rôle déterminés, il l'avait séparée de cette société avec laquelle elle avait été pendant longtemps confondue. Celui de 1807 crut mieux faire en allant plus loin et en reconnaissant l'association en participation qu'il nomme, et à laquelle il a consacré les articles 47 à 50 du Code de commerce.

17. — Faut-il considérer qu'à partir de ce moment cette société a pris une physionomie nouvelle et que sa nature a subi quelque modification ? Assurément non. Il suffit, pour s'en convaincre, d'un léger examen des articles du Code de commerce qui en parlent.

L'article 47 contient la reconnaissance de l'existence de la participation : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation ».

L'article 48 consacre en cette matière le régime de l'entière liberté des conventions (1) : « Ces associations sont « relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ;

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, op. cit. N° 105.

Arthuys, Traité des sociétés commerciales, Paris 1906, T. I. Chap. III. Sect. III. De l'association en participation, N° 294.

Rennes, — 28 janvier 1856, D. 56-2. 183.

« elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les « proportions d'intérêt et aux conditions convenus entre « les participants ».

L'article 49 étend à la participation, en matière de preuve, le régime de faveur appliqué d'une façon générale aux contrats commerciaux, la dispensant par là même des dispositions restrictives adoptées à l'égard des autres sociétés : « Les associations en participation peuvent être « constatées par la représentation des livres, de la corres- « pondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal « juge qu'elle peut être admise ».

Enfin, l'article 50 n'intervient que pour les affranchir du réseau étroit des formalités auxquelles sont soumises les autres sociétés : « Les associations commerciales en « participation ne sont pas sujettes aux formalités pres- « crites pour les autres sociétés ».

Aucune de ces dispositions ne vise la nature de la participation, elle reste donc après la promulgation du Code ce qu'elle était auparavant. Depuis, aucune des nombreuses lois qui ont eu pour but la réglementation de la matière des sociétés n'en fait mention ; peut-être faut-il trouver la raison de ce silence dans les mêmes motifs qui l'ont fait omettre par les auteurs de l'Ordonnance de 1673.

18. — Quoi qu'il en soit, la constatation que les caractères de la participation ne sont en rien modifiés par les articles du Code de commerce donne, dans notre étude, une importance toute spéciale à l'historique. Et, en effet, de ce que le législateur de 1807 n'a pas cru nécessaire de

déterminer ces caractères d'une façon précise, nous concluons qu'il s'est référé à ce qui existait auparavant sans rien vouloir innover (1).

Dans ces conditions, et à défaut de textes, nous puiserons dans le droit antérieur, où les documents ne manquent pas, les renseignements qui nous sont nécessaires dans la recherche que nous nous proposons de faire de la nature de l'association en participation.

---

(1) Troplong, op. cit. N° 489 ; Rousseau, op. cit. 1722. Alauzet, Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale. Paris 1856. T. I. N° 246.

CHAPITRE II

Caractère distinctif de l'Association en participation

19. — L'étude de la nature de l'association en participation comporte la détermination de la catégorie de contrats à laquelle elle appartient et la recherche du caractère propre qui permet de la distinguer des contrats de la même catégorie.

Pour que cette étude soit complète, nous devons donner de cette association une définition qui ne permette de la confondre avec aucun autre contrat et il semble que la méthode la plus logique, pour y parvenir, soit de chercher, en premier lieu, la solution d'une question qui se pose tout naturellement et de prime abord à l'esprit : La participation appartient-elle à la classe de contrats que l'on groupe sous le nom de sociétés ? Cependant, et malgré tout l'intérêt qu'il y aurait à y répondre dès maintenant, nous préférons rejeter l'examen de cette question après la détermination du caractère distinctif de la participation.

Ce qui nous engage à adopter cet ordre, c'est que cette question n'est pas entière, nous ne pourrons la solutionner que par une distinction ; or, ce qui la divise, c'est précisément le caractère que nous reconnaîtrons comme le critérium de la participation.

C'est peut-être enfin entrer plus directement dans notre sujet que de rechercher en premier lieu les caractères qui

constituent l'originalité du contrat que nous voulons étudier.

Il importe peu d'ailleurs, pour le moment, de connaître le parti que nous prendrons dans la controverse qu'a soulevée la question de savoir si la participation est ou non une véritable société. Les analogies que cette association présente avec les sociétés, d'une part, et, d'autre part, les différences qui les séparent dans la forme et le fond sont assez nombreuses et importantes pour qu'il soit intéressant de déterminer les caractères qui les distinguent et de trouver le critérium qui permet de reconnaître dans une société une association en participation.

§ I. — INTÉRÊT DE LA DISTINCTION ENTRE LA PARTICIPATION ET LES SOCIÉTÉS ÉNUMÉRÉES PAR L'ARTICLE 19 DU CODE DE COMMERCE.

20. — Il y a là plus qu'une vaine querelle de mots, plus qu'un intérêt purement théorique.

L'importance de la distinction apparaît d'abord, lorsque l'on considère le régime de faveur que le législateur a créé pour l'association en participation, en la dispensant des formalités exigées pour les sociétés qu'il énumère dans l'article 19 du Code de Commerce.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, T. II, 2e partie, N° 1051 ; Bédarride, op. cit. T. II, N° 422 ; Poulle, op. cit. N° 48 ; Rousseau, op. cit. N° 1710 ; Delangle, Des sociétés commerciales, T. II, Nos 606 et 607 ; Molinier, Traité de droit commercial, Liv. I, Tit. III, Sect. IV, N° 568 ; Pardessus, Cours de droit commercial, T. IV, chap. IV, N° 1046.

Les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 prescrivent à l'égard des sociétés commerciales, et à peine de nullité, des formalités destinées à porter à la connaissance du public leur naissance, leur dissolution et certaines des modifications qui sont apportées, au cours de leur fonctionnement, à leur constitution. Les termes généraux de l'article 50 du Code de Commerce en affranchissent totalement les associations en participation.

Les membres des sociétés de l'article 19, qui auront omis de soumettre leurs conventions à la publication prescrite par la loi de 1867 et qui les verront, pour cette raison, attaquées en nullité, ne manqueront pas, s'ils ont intérêt à leur maintien, de prétendre qu'ils ont voulu former entre eux une association en participation et que, par conséquent, le défaut de publicité ne leur est pas opposable. La question de validité dépendra, dans ce cas, de la nature que l'on reconnaîtra aux conventions des associés.

De même l'article 41 du Code de Commerce exige que toute société commerciale soit constatée par écrit, tandis que l'article 49 autorise, pour la participation seule, l'emploi de la preuve testimoniale. Il sera intéressant de savoir si l'on se trouve en présence d'une association en participation ou d'une autre société, lorsqu'une preuve par témoins sera offerte « contre et outre le contenu d'un acte de société, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis » (1).

---

(1) Art. 41. C. com.

21. — Il n'est d'ailleurs pas indifférent aux associés en participation d'être confondus avec des associés en nom collectif par exemple : tandis que ces derniers sont solidairement responsables des obligations que leur co-associé-gérant contracte pour le compte de la société, dans la participation, au contraire, il n'y a d'obligé que celui-là seul qui agit (1).

Pour les mêmes raisons, les tiers sont intéressés à voir reconnaître la véritable nature du contrat, car s'ils se trouvent en présence d'associés en nom collectif, ils ont, pour assurer l'exécution de leurs conventions avec l'un d'eux, une action solidaire contre tous les autres ; si, au contraire, ils ont traité avec un associé en participation, ils n'ont d'action directe que contre celui qui a figuré au contrat.

Enfin, la personnalité morale entraîne, pour les sociétés commerciales qui la possèdent, des conséquences importantes ; la participation, nous le verrons, n'est pas une personne morale ; il en résulte entre elle et les autres sociétés de nombreuses différences que nous signalerons et qui augmentent l'intérêt qu'il y a à les bien distinguer.

Ces considérations font ressortir l'importance qu'il y a à déterminer nettement la nature de l'association en participation, c'est le but de notre étude.

22. — Cette tâche a été rendue difficile par l'insuffisance

---

(1) Savary, op. cit. N° 395.

des textes ; le peu de constance de la jurisprudence et la diversité des doctrines qui en sont le résultat, nous obligeront à puiser dans le droit antérieur, auquel le Code de Commerce s'est référé (1), les notions que ce Code ne peut nous fournir lui-même.

§ II. — THÉORIE SUIVANT LAQUELLE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION SE DISTINGUE DES AUTRES SOCIÉTÉS PAR SON OBJET. SA RÉFUTATION.

23. — La doctrine et la jurisprudence réflètent à chaque instant le souci qu'elles ont eu à faire, entre l'association en participation et les autres sociétés, la distinction dont nous venons de faire ressortir l'importance au point de vue pratique.

Mais, à défaut d'un critérium nettement imposé par le législateur, nous remarquons des flottements et des incertitudes qui ont heureusement cessé aujourd'hui, pour faire place, chez les auteurs et dans les arrêts, à un courant constant en faveur de la même théorie.

24. — Suivant un premier système, c'est dans son objet (2) qu'il faudrait chercher le caractère distinctif de l'association en participation.

---

(1) V. + h. Chap. I. § IV. in fine.

(2) Le mot objet est employé, dans tout ce paragraphe, dans le sens de but à atteindre pour désigner l'entreprise ou l'opération au moyen de laquelle les associés cherchent à réaliser les bénéfices qu'ils se proposent de partager. Ce sens est celui que l'article 1833 du Code civil donne à ce mot.

D'après ses partisans, les sociétés anonymes, en nom collectif, en commandite, peuvent embrasser une branche entière de commerce ou d'industrie avec toutes les opérations qui s'y rattachent, même celles qui ne peuvent être prévues au moment de leur formation. La participation, au contraire, ne peut avoir pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées et de courte durée.

Citons parmi les auteurs qui ont adhéré à cette doctrine, Delangle (1) : « L'essence de la participation, dit-il, est « qu'une opération déterminée, prévue, réunisse les vo- « lontés et les efforts des contractants ». Bravard (2), Molinier (3), Saglier (4), Malepeyre et Jourdain (5), enfin Pardessus (6) : « Le caractère propre d'une association en par- « ticipation, dit-il, est qu'elle soit relative à une ou plu- « sieurs opérations de commerce dont l'objet est né au « moment où les participants font leurs conventions, et « qu'elle ne se prolonge pas au-delà du temps néces- « saire pour les achever, tandis qu'une société est formée « dans la vue de se livrer à des opérations successives, et « telles que les amèneront, pendant sa durée, le cours des

---

(1) Delangle, op. cit. N° 612.

(2) Bravard, Traité de droit commercial, T. I, Liv. I, Tit. III, p. 376.

(3) Molinier, op. cit. N° 564.

(4) Saglier, op. cit. I. Caractère des associations en participation.

(5) Malepeyre et Jourdain, Traité des sociétés commerciales, p. 260.

(6) Pardessus, op. cit. N° 1046.

« choses et la suite des affaires qui se présenteront dans la « branche de commerce, pour l'exercice de laquelle les « parties se sont réunies ».

25. — Remarquons tout d'abord que cette théorie donne à l'appréciation des faits par le tribunal une très grande influence dans la détermination de la nature d'une société. Et, en effet, lorsque la question se posera pour des juges de savoir s'ils ont affaire à une participation ou à une autre société, ils auront à se demander si son objet était ou non déterminé et prévu à l'avance ; or, il y a là une question de fait pour laquelle les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation. Cette situation, nous le verrons, n'est pas sans danger.

26. — Pendant assez longtemps la jurisprudence s'est inspirée de cette théorie pour faire la distinction entre l'association en participation et les autres sociétés.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Poitiers du 11 mai 1825 (1) considère comme une association en participation la société formée entre ouvriers pour la fabrication et l'exploitation d'une pompe propre à soutirer le vin, par les motifs suivants :

« Attendu qu'une telle société, quoique faite sous une « raison sociale, ne présente point les caractères constitu- « tifs d'une société en nom collectif ; que pour déterminer « l'espèce d'une société, on doit considérer l'objet pour

---

(1) Sirey, 1826, 2, 77.

« lequel elle a été contractée, quelles que soient les clauses « et les stipulations insérées dans l'acte qui la constitue ; « que celle dont il s'agit n'ayant pour objet, entre ouvriers, « qu'un acte passager, qu'une convention qui s'applique à « un objet unique, à une seule opération déterminée, ne « peut être regardée que comme une société en participa- « tion qui n'est pas sujette aux formalités prescrites par « l'article 41 du Code de Commerce..... ».

C'est par des motifs semblables qu'un arrêt de la cour de Bordeaux du 31 août 1831 (1) a refusé de voir une participation dans la société formée pour l'entreprise, pendant un temps déterminé, du transport des voyageurs par bateaux à vapeur : « Attendu, dit l'arrêt, que l'on ne peut « pas considérer comme une simple association en parti- « cipation une entreprise qui embrassait des rapports « d'affaires multipliés, des opérations successives et qui « devaient se continuer pendant quatorze ans.

De même, le caractère de participation a été refusé à une société qui semblait embrasser une série d'affaires sur les vins, eaux-de-vie, huiles, savons « cette sorte d'associations (en participation), ne pouvant être relative qu'à une ou plusieurs opérations déterminées de commerce dont l'objet existe au moment de la convention et non à une série d'opérations dont l'objet serait l'exercice d'un branche de commerce en général, qui, en établissant entre les

---

(1) S. 32, 2, 19.

associés une communauté d'intérêts continus, constituerait une société en nom collectif..... » (1).

C'est en se basant sur les mêmes principes, que des arrêts, motivés par des considérants analogues, ont reconnu comme participations : l'association formée entre deux marchands qui achètent une marchandise par un seul et même acte sans division d'intérêts (2) ; la société formée par un tiers avec un armateur pour une pacotille (3) ; celle formée pour l'exploitation d'un appareil breveté (une machine à disséquer les grains) pendant une certain nombre d'années et dans des cas déterminés (4).

D'autres sociétés se sont vu refuser le caractère d'associations en participation parce que leur objet dépassait les limites étroites dans lesquelles l'on prétend que l'article 48 du Code de Commerce restreint celui de la participation.

C'est ainsi que la société « embrassant dans un genre particulier d'industrie, toutes les affaires qui auraient pu se présenter », dans un commerce d'animaux, par exemple, a été considérée comme une société en nom collectif et non comme une participation (5), de même la société

---

(1) Grenoble, 9 juillet 1831, S. 1832, 2, 374.
(2) Bordeaux, 19 juillet 1830, S. 1831, 2, 75.
(3) Rennes, 6 mai 1835, D. Rép. V°, Société. N° 1605.
(4) Amiens, 18 janvier 1843, S. 45, 2, 262 ; D. 45, 1, 349
(5) Bordeaux, 25 mai 1829, D. 33, 2, 131 ; S. 29, 2, 252.

formée pour l'exploitation du privilège d'un théâtre (1).

C'est encore parce que leur objet n'a pas été jugé suffisamment déterminé que le caractère de sociétés en nom collectif a été reconnu aux sociétés formées pour l'exploitation d'une entreprise de messageries (2), pour un commerce de bestiaux, pour l'exploitation de carrières (3) ; et le caractère de participation leur a été refusé bien que leurs membres aient négligé d'adopter une raison sociale, manifestant par là leur désir de tenir leurs associations occultes.

27. — Les arguments que l'on a invoqués à l'appui de ce système ne sont pas de même valeur.

On a voulu voir, tout d'abord, dans la différence de rédaction des articles 20 et 48 du Code de Commerce, la preuve manifeste de l'intention que le législateur aurait eue de distinguer, par son objet, la participation des autres sociétés (4). L'article 20 parlant de la société en nom collectif énonce, en termes généraux, qu'elle a pour objet

---

(1) Paris, 19 janvier 1841, D. 41, 2, 294.

(2) Caen, 13 janvier 1841, D. 41, 2, 99.

(3) Cass. 10 août 1859, D. 59, 1, 360. V. enc. dans le m. sens Paris, 27 janvier 1841, D. 1841, 1, 128. Bordeaux, 6 février 1849, D. 1851, 2, 229. Nancy, 25 avril 1853, D. 55, 2, 349, S. 55, 2, 535 ; Caen, 8 juin 1836, D. 40, 2, 132 ; Pau, 1er juin 1864, D. 67, 2, 225.

(4) Molinier, op. cit. N° 564 ; Delangle, op. cit. N° 612 ; Bravard, Veyrières et Demangeat, Traité de droit commercial, T. I, Liv. I, Tit. III, p. 376.

« de faire « le commerce » sous une raison sociale », tandis qu'aux termes de l'article 48 : « ces associations (en participation) sont relatives à « une ou plusieurs » opérations de commerce ».

L'opposition entre les termes de ces deux articles est, dit-on, trop nette pour qu'elle laisse subsister aucun doute à cet égard et pour pouvoir s'expliquer autrement que par une intention du législateur.

Nous répondons dès maintenant à cet argument que cette opposition est plus apparente que réelle ; car l'expression qui est employée par l'article 48 « une ou plusieurs opérations de commerce » est assez élastique pour pouvoir devenir équivalente à celle de l'article 20 « le commerce » ; des opérations de commerce peuvent en effet, si elles sont en nombre suffisant, constituer une branche entière de commerce, c'est ce que désigne l'article 20 sous le nom générique de « commerce ». Cette manière de voir est du reste corroborée par l'interprétation que nous donnerons de la deuxième partie de l'article 48.

28. — Les partisans de ce système trouvent un nouvel appui à leur théorie dans les travaux préparatoires du Code de Commerce. Molinier (1) rappelle que dans sa rédaction primitive, le projet comprenait les associations en participation au nombre des autres sociétés (2),

---

(1) Molinier, op. cit. N° 563.
(2) Article 20 du projet.

mais que la commission du Conseil d'Etat retrancha de cette énumération la participation, pour donner au nouvel article 19 du Code de Commerce la rédaction qu'il a conservée.

Cette modification fut approuvée par les sections réunies du Tribunal, et, c'est dans les motifs donnés de cette approbation, que l'on a voulu trouver un argument en faveur du système que nous exposons. En voici les termes : « On s'est demandé d'abord pourquoi les associations en participation n'avaient pas été comprises comme un quatrième genre de sociétés dans l'article 20 du projet (19 du Code) et l'on a reconnu qu'il y en avait une juste raison. C'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à une opération passagère, et qu'en cela, elle diffère de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus » (1).

29. — Enfin, remontant encore plus haut, les auteurs qui se sont faits les défenseurs de cette opinion ont trouvé dans les notions que les auteurs anciens, Savary, Jousse, Pothier, nous ont transmises de la participation antérieure au Code de Commerce une nouvelle preuve que c'est par son objet déterminé qu'elle se distingue. Cela leur paraît résulter avec évidence de ce que les quatre

---

(1) Molinier, op. cit. N° 563.

exemples de participations donnés par Savary (1) sont tous des sociétés ayant pour objet une ou plusieurs opérations déterminées (2). La dénomination de « société momentanée » qu'emploient Jousse et Pothier pour désigner l'association en participation ne s'explique que si elle ne pouvait avoir pour objet que des opérations isolées et de courte durée.

30. — Il nous paraît impossible de nous ranger à ce premier système et de chercher dans son objet le caractère distinctif de l'association en participation.

Le caractère distinctif d'un contrat est, en effet, celui qu'on y rencontre toujours et qui ne se trouve jamais dans les contrats du même genre.

Or, et c'est à notre avis le plus grand reproche que l'on puisse formuler contre le système que nous essayons de réfuter, le caractère que l'on attribue à l'association en participation, de n'avoir pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées ou de courte durée, manque de ces deux conditions. Nous le prouverons en démontrant que ce caractère, loin d'appartenir exclusivement à la participation, peut se rencontrer dans toutes les autres sociétés, et qu'il n'est même pas de l'essence de la participation qui peut s'appliquer à toutes sortes d'objets.

31. — Aux termes de l'article 1833 du Code civil :

---

(1) Savary, Parfait Négociant, p. 393 et s.

(2) Saglier, op. cit. I : Car. des associations en participation.

« Toute société doit avoir un objet licite.... » C'est là la seule condition exigée par le Code civil de l'objet des sociétés en général. Le Code de Commerce impose-t-il quelque autre condition à l'objet des sociétés commerciales ?

S'il en était ainsi, nous devrions trouver dans ses dispositions, ou dans celles des lois qui ont réglementé après lui la matière des sociétés de commerce une manifestation de l'intention du législateur à cet égard. Or, ni le Code de Commerce, ni les lois postérieures ne parlent de l'objet des sociétés anonyme et en commandite ; en ce qui concerne la société en nom collectif seule, l'article 20 du Code de Commerce dispose que cette société « a pour objet de faire « le commerce » sous une raison sociale ». L'expression qu'il emploie nous paraît assez générale pour pouvoir comprendre toutes les opérations de commerce quelles qu'elles soient, isolées ou formant par leur réunion une branche entière du commerce, déterminées ou non au moment de la formation du contrat.

Cet article ne soumet pas l'objet de la société en nom collectif à des conditions plus rigoureuses que celle exigée en termes généraux par l'article 1833 du Code civil, et, en l'absence d'un texte plus précis, nous nous croyons autorisé à admettre que l'on peut employer indifféremment l'une des formes de sociétés prévues par l'article 19 du Code de Commerce pour réaliser une opération quelconque.

Le caractère « avoir pour objet une ou plusieurs opé-

rations déterminées » ne peut donc être considéré comme distinctif de la participation, puisqu'il peut se rencontrer dans toutes les autres sociétés.

32. — Nous croyons pouvoir aller plus loin et démontrer que ce caractère n'est même pas de l'essence de la participation (1).

33. — L'argument que tous les partisans du système que nous avons exposé tirent, en faveur de leur théorie, du rapprochement des termes de l'article 20 et de l'article 48 du Code de Commerce ne nous semble pas probant. Nous l'avons déjà montré en faisant ressortir que l'opposition entre les termes de ces deux articles est plus apparente que réelle ; nous trouvons dans le corps de l'article 48 lui-même la preuve que l'interprétation qu'on donne aux mots « une ou plusieurs opérations de commerce » dans le système que nous combattons, est trop étroite.

34. — Aux termes de cet article : « Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour « les objets », dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. »

---

(1) Lyon-Caen et Renault ; op. cit. N° 1053 ; Houpin, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, Tome I, Tit. VIII, chap. I, N° 245 ; Poulle, op. cit. N° 56 ; Rousseau, op. cit. N°s 1775, 1776 ; Bédarride, op. cit. N° 433 ; Arthuys, op. cit. N° 295.

Si l'on interprète la première disposition de cet article dans le sens impératif et restrictif qu'elle semble avoir, surtout quand on la compare à celle de l'article 20, il est bien difficile de la concilier avec la seconde où le législateur, se référant à ce qui s'était passé jusqu'alors, consacre, pour les associations en participation, le régime de la plus grande liberté des conventions, aussi bien en ce qui concerne l'objet, que les formes, les proportions d'intérêt et les conditions.

35. — Mais, selon nous, ces dispositions sont parfaitement conciliables.

La première constate ce qui se passe le plus souvent ; et de fait, si les associations en participation peuvent, comme les autres sociétés, permettre de mener à bien les grandes entreprises, la rapidité de leur formation, la simplicité de leur fonctionnement, la commodité de leur preuve en ont fait adopter de préférence la forme pour réaliser promptement, lorsqu'elles sont trop onéreuses pour un seul, les opérations de commerce déterminées et de courte durée (1).

Mais il n'est pas moins vrai, et c'est le sens de la seconde disposition de l'article 48, que la forme de l'association en participation peut être employée pour l'exécution de toute entreprise, quelle que soit son importance,

---

(1) Houpin, op. cit., N° 246 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit. N° 1053, in fine.

quelle que soit sa durée, que les opérations qui en font l'objet soient ou non prévues et déterminées à l'avance. Tout dépend en cette matière de la volonté des contractants (1).

36. — Cette solution a pour elle d'être conforme aux précédents historiques. La participation nous est apparue dans l'histoire comme jouissant d'une très grande indépendance que les législateurs ont toujours respectée ; c'est, en effet, par crainte de la contrarier, en édictant des règles trop étroites, qu'ils se sont abstenus d'en parler ; ce silence l'avait laissée sous l'empire du droit commun, elle y est restée depuis la promulgation du Code de Commerce (2) qui n'a rien innové en la matière (3). C'est ce qui nous autorise à donner à l'article 48 l'interprétation large qui lui convient et que confirme l'opinion de Bédarride. « L'article 48, dit-il, n'exige ni la durée déterminée, ni l'unité de l'opération ; il autorise la participation à entreprendre une ou plusieurs opérations de commerce sans distinguer si ces opérations sont distinctes ou bien

---

(1) Pandectes françaises, N° 77 ; Pout, op. cit. N° 1788 ; Alauzet, op. cit. page 246 ; Boistel, Manuel de droit commercial, Liv. I. Titre III, Chap. VIII. De l'association en participation, N° 368 ; Houpin N° 245 ; Delamarre et Lepoitvin, N° 114 ; Rennes, 28 janvier 1856, D. 56, 2, 183.

(2) Rousseau, op. cit. N° 1775 ; Delamarre et Lepoitvin, op. cit. N° 105.

(3) Alauzet, op. cit. N° 246. Agen, 23 novembre 1853. S. 54, 2, 23.

si elles se lient entre elles, si elles sont contemporaines ou bien successives » (1).

La seule limitation apportée au choix de l'objet de la participation est celle de l'article 1833 du Code civil qui exige de toute société un objet licite.

37. — Les travaux préparatoires du Code de Commerce ont fourni, nous l'avons vu, un nouvel argument aux défenseurs de la théorie que nous combattons.

Mais, à notre avis, ils ne montrent pas que la détermination et la courte durée de son objet constituent le caractère distinctif de la participation ; car, en même temps qu'ils constatent qu'elle a pour objet une ou plusieurs opérations déterminées et brèves, ils lui reconnaissent d'autres caractères entre lesquels nous pouvons choisir celui qui la distingue des autres sociétés. Dans la discussion qui a précédé l'élaboration des articles du Code de Commerce consacrés aux associations en participation « on a rappelé à plusieurs reprises que leur caractère était précisément d'être occultes, d'être inconnues des tiers avec qui l'associé contracte » (2).

38. — Qu'importent d'ailleurs les opinions qu'ont ex-

---

(1) Bedarride, op. cit. N° 429 ; Troplong, op. cit. 497 ; Delamarre et Lepoitvin, op. cit. N° 114 ; Pandectes françaises, N°s 114, 116, 251.

(2) Arthuys, op. cit. N° 295 in fine et la note 5 sous ce numéro ; Boistel, op. cit. N° 367 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit. N° 1054 in fine, Notes 1 et 2.

primées les rédacteurs du Code de Commerce dans les travaux préparatoires ? On ne peut en faire état en faveur du système que nous réfutons, si ces opinions ne se manifestent pas d'une façon claire dans les articles qu'ils ont rédigés. La limitation de l'objet de la participation est une dérogation au principe de la liberté des conventions toujours respecté en cette matière, elle ne pourrait donc résulter que d'un texte précis qui n'existe pas ; l'article 48 est en effet conçu dans des termes trop généraux pour qu'il puisse être interprété dans le sens de cette limitation.

Le Code de Commerce n'a réalisé aucune innovation (1) à l'égard de la participation, c'est la conclusion que nous avons déduite de l'examen des articles qui en traitent. Nous devons donc nous référer à ce qui se passait auparavant et chercher dans les notions que nous y trouvons de la participation le caractère distinctif de cette association.

39. — Là encore on a voulu trouver des arguments en faveur de la théorie que nous avons exposée. Ses partisans s'autorisent de Savary, Jousse, Pothier. Ces auteurs ont, en effet, qualifié la participation de « Société momentanée » ; les quatre exemples qu'en donne Savary sont d'ailleurs tous relatifs à des opérations déterminées et de courte durée.

---

(1) Rousseau, op. cit. N° 1722 ; Alauzet, op. cit. N° 246 ; Troplong, op. cit. N° 489.

Remarquons d'abord que la qualification de « momentanée » n'a été employée que quelques fois et par quelques auteurs ; la participation était généralement connue à cette époque sous la dénomination de « Société anonyme », et Pothier (1) considère la société momentanée comme une variété de la société anonyme.

Les termes dans lesquels les auteurs reconnaissent que l'objet de cette société est bref et déterminé montrent simplement qu'ils ont constaté ce qui se passait le plus souvent, et nous faisons au système contraire le reproche d'avoir considéré comme essentiel à la participation un caractère qui lui était seulement naturel. Ceci résulte avec évidence de l'examen des termes que ces auteurs ont employés pour définir la société en participation.

40. — D'après Savary, la société anonyme est celle qui « ne se fait sous aucun nom. Ceux qui font ces sociétés travaillent chacuns de leur côté sous leurs noms particuliers pour se rendre raison ensuite des profits et des pertes qu'ils ont faits dans la négociation » (2).

Cette définition ne parle pas de l'objet de cette société. Au cours seulement des explications qu'il donne, Savary constate que « les conditions en sont « bien souvent » brèves n'y ayant qu'un seul et même article, et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites ». Nous

---

(1) Pothier, N° 62.
(2) Savary, op. cit. p. 370.

verrons au contraire combien il insiste sur l'inexistence de cette société à l'égard des tiers.

Pothier en donne la définition suivante : « La Société anonyme ou inconnue qu'on appelle aussi compte en participation est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'elles en son nom seul » (1).

Jousse, après avoir donné une définition semblable à celle de Savary ajoute cette explication : « Ces sociétés sont le plus souvent verbales, et comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut pour faire l'achat ou la vente ou le partage, ce qui fait aussi qu'elles sont appelées sociétés momentanées » (2).

La lecture de ces textes nous enseigne que cette société, que l'on appelle anonyme pour la distinguer de la société en nom collectif et de la société en commandite (3), a pour caractère particulier de ne pas paraître à l'extérieur. Elle est formée par des individus qui s'associent dans un certain but et qui chargent l'un d'eux d'agir pour tous mais « en son propre nom », ou, s'ils sont tous gérants de l'affaire commune, agissent « chacun de leur côté sous leurs noms particuliers ». C'est bien là, d'après ces auteurs, le caractère essentiel de cette société, celui sans

---

(1) Pothier, op. cit. N° 61.
(2) Jousse, op. cit. p. 222.
(3) Savary, op. cit. p. 370.

lequel son nom d' « anonyme » serait menteur. Ils constatent accessoirement que l'objet de cette société est généralement restreint, mais nous ne pouvons pas conclure de ces textes que le défaut de ce caractère ferait perdre à la société anonyme sa physionomie propre. Si cette société « n'a *quelquefois* pour objet qu'une seule entreprise », c'est que son objet peut être beaucoup plus étendu. Si « les conditions en sont *bien souvent* brèves, » c'est qu'elles peuvent quelquefois être de longue durée.

Ces auteurs ne considèrent pas l'objet déterminé et bref comme un caractère essentiel à la participation, ce n'est donc pas là qu'ils ont vu son caractère distinctif.

41. — Nous croyons avoir suffisamment démontré la faiblesse des arguments invoqués à l'appui de ce premier système. Il ne nous paraît pas inutile toutefois d'en faire ressortir les conséquences dangereuses dans la pratique, en montrant à quelles incertitudes et à quelles contradictions a été conduite la jurisprudence qui l'a pris pour guide.

Et comment pourrait-il en être autrement ? Le législateur n'a pas défini d'une manière exacte ce qu'il faut entendre par opération déterminée ; il n'a pas indiqué dans quelles limites peut varier le nombre de ces opérations pour qu'elles puissent constituer l'objet d'une association en participation.

La détermination de la nature d'une société dépend, suivant ce système, d'une appréciation de faits par les

tribunaux. Et, en effet, ces derniers ont à examiner, lorsqu'il y a hésitation sur la nature à attribuer à une société, si son objet est ou non déterminé. Si oui, c'est une participation, sinon elle appartient à une autre catégorie. Mais qu'est-ce qu'un objet déterminé ? Le législateur ne le dit pas, et, à défaut de texte précis, un même objet pourra être considéré par un tribunal comme déterminé et par un autre comme indéterminé, sans que la Cour de Cassation puisse être appelée à faire cesser ces divergences (1), puisqu'il s'agirait d'une question de fait pour l'appréciation de laquelle les tribunaux ont un pouvoir souverain.

Par conséquent un même contrat pourra être, suivant l'opinion des juges auxquels il sera soumis, soit une participation, soit par exemple une société en nom collectif. Un système est jugé quand il aboutit à de pareilles conséquences.

42. — Tant que la jurisprudence a cherché dans son objet le caractère distinctif de l'association en participation, la plus grande incertitude à ce sujet est résultée des arrêts rendus en cette matière, suivant l'interprétation plus ou moins large qui était donnée à l'article 48 du Code de Commerce.

Delangle (2) cite un exemple typique des contradic-

---

(1) Poulle ; op. cit. N° 47
(2) Delangle, op. cit. N° 608 ; Poulle, op. cit. N° 49.

tions de la jurisprudence à cet égard : il compare deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 19 février 1822 qui reconnaît le caractère de participation à une convention formée pour l'exploitation d'un établissement de bains publics pendant treize ans, par le motif qu'il s'agissait d'une opération spéciale et déterminée. L'autre est du 29 janvier 1841, et décide que l'exploitation d'un théâtre pendant un nombre d'années limité ne peut être que l'objet d'une société en nom collectif ou en commandite, parce que cette exploitation établit forcément entre les associés une communauté d'intérêts continus. Et cependant il n'existe pas de réelle différence entre ces deux espèces.

De même, tandis que la Cour de Cassation (1) attribue le caractère de participation à la société formée pour l'exploitation d'un établissement de bains publics, la Cour de Bordeaux (2) refuse ce caractère à la société formée pour l'entreprise de bateaux à vapeur chargés du transport des voyageurs.

Nous pourrions multiplier les exemples et nous verrions que si des arrêts ont qualifié de participations des sociétés qui avaient un objet réellement bien déterminé (3) ou refusé ce caractère à celles dont l'objet ne l'était pas, d'autres arrêts ont, par des motifs analogues, consi-

---

(1) 5 juillet 1825, S. 26, 1, 413.
(2) Bordeaux, 31 août 1831, S. 32, 2, 19.
(3) V. + h.

déré comme participations des sociétés dont l'objet était soit une succession d'opérations soit même une branche de commerce ou d'industrie. A cette deuxième catégorie appartiennent l'arrêt de cassation déjà cité du 5 juillet 1825, celui du 30 avril 1828 (1) qui a vu une simple participation dans la société formée pour l'exploitation d'une mine parce que cet objet « peut être considéré comme une opération de commerce dans le sens de l'article 48 du Code de Commerce ».

43. — Cette jurisprudence est dangereuse, car elle donne aux tribunaux un pouvoir arbitraire nuisible aux intérêts commerciaux. Les associés, qui ont voulu établir entre eux une participation, ne peuvent avoir la certitude que leur association sera reconnue comme telle ; ils courent le risque de se voir attribuer la qualité d'associés en nom collectif avec tous les inconvénients qui peuvent en résulter pour eux : nullité de leur société pour l'avenir à cause du défaut de publicité, et, pour le passé, responsabilité solidaire résultant de la société de fait qui a existé entre eux ; pour cela il aura suffi qu'un tribunal juge que l'objet de cette association dépasse les limites que l'on veut, à tort selon nous, voir imposer par l'article 48.

44. — La réfutation de ce système n'a guère aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif ; il est en effet complète-

---

(1) Cass. 30 avril 1828, 5, 28, 1, 418.

ment abandonné par la doctrine et par la jurisprudence. Les deux derniers arrêts qui s'en sont inspiré sont l'un du 3 février 1875 (1), l'autre du 28 février 1880 (2).

§ III. — L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION SE DISTINGUE DES AUTRES SOCIÉTÉS COMMERCIALES PAR SON CARACTÈRE OCCULTE.

45. — Les incertitudes auxquelles se trouve livrée la jurisprudence qui distingue la participation des autres sociétés par son objet, et les autres raisons que nous avons eu à faire valoir contre ce premier système, nous obligent à rechercher quelqu'autre caractère plus précis que nous puissions prendre comme criterium de cette société.

Le législateur de 1807 n'a pas pu définir cette association dont il s'est contenté de reconnaître l'existence sans rien vouloir changer, nous l'avons vu (3), à ce que la pratique avait consacré en cette matière.

Il nous faudra donc avoir recours aux précédents historiques pour déterminer le trait saillant qui nous permettra de caractériser la participation.

46. — La doctrine et la jurisprudence italiennes sont, nous l'avons fait remarquer (4), très divisées au sujet des

---

(1) Douai, D. 77. 2. 140.
(2) Dijon. Journal des Sociétés, 1880, p. 301.
(3) V. + h. N^{os} 17 et 18.
(4) V. + h. N^{os} 8 à 10.

effets de la participation ; c'est ainsi que, dans leurs rapports entre eux, ses membres sont considérés tantôt comme de simples créanciers ou bailleurs de fonds, tantôt comme de véritables associés. Dans le premier cas, la participation est assimilée à un simple contrat de prêt ou de louage de services, avec participation aux bénéfices, dans le deuxième, au contraire, c'est une vraie société. Mais auteurs et arrêts deviennent unanimes pour reconnaître qu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers ; ceux-ci n'ont de rapports juridiques qu'avec l'associé qui a contracté avec eux. En un mot, la participation italienne est occulte.

47. — Ce caractère est encore considéré comme essentiel à cette association par les auteurs français qui ont étudié la participation sous l'ordonnance de 1673.

D'après Savary (1) : « Elle s'appelle ainsi (Société anonyme), parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne comme n'important en façon quelconque au public. Tout ce qui se fait en la négociation tant en l'achat qu'en la vente des marchandises ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui qui achète est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur ; celui qui vend, reçoit de l'acheteur, ils ne s'obligent point tous deux envers une tierce personne ; il n'y a que celui qui agit

---

(1) Parfait Négociant, p. 393.

qui est le seul obligé, ils le sont seulement l'un envers l'autre en ce qui regarde cette société ».

Les explications qu'il donne du fonctionnement de cette société à propos de la première espèce qu'il cite sont toutes consacrées à faire ressortir les effets du caractère spécial qu'a la participation d'être inconnue des tiers. Tous ses résultats se concentrent dans les rapports des associés entre eux, sans que ceux qui ont été étrangers au contrat ne puissent ni en profiter ni en souffrir.

Il examine différentes situations où les associés ou les tiers auraient eu intérêt à se prévaloir de l'existence de l'association les uns contre les autres, mais où ils en sont empêchés parce que « cette société, anonyme ou en participation ne regarde point le public mais seulement les associés ».

Ce principe domine toute l'étude qu'il fait de la participation. C'est d'après lui que doivent être tranchées toutes les difficultés qui surviennent entre les associés et les tiers. Ceux-ci intentent-ils une action à ceux-là pour des engagements relatifs à la société, l'admission de leur demande est subordonnée à la question de savoir si ceux contre qui elle est dirigée ont traité en nom. Si oui, elle est recevable, sinon elle doit être rejetée. Et réciproquement les associés ne peuvent agir que contre les tiers avec lesquels ils ont traité, toujours par le motif que « cette société n'importe en façon quelconque au public et ne regarde que les associés chacun en droit soi ».

C'est dans le même esprit que Pothier (1) définit la participation : « La Société par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'elles en son nom seul », et Jousse (2) « celle que l'on appelle anonyme, c'est-à-dire qui ne se fait sous aucun nom. Ceux qui font ensemble cette société travaillent chacun de leur côté sous leurs noms particuliers et ils se rendent réciproquement compte des profits et des pertes qu'ils ont faits, qu'ils partagent et supportent en commun ».

48. — Est-il possible de dire d'une façon plus claire que le caractère occulte est essentiel à la participation ? Tous ces auteurs le considèrent comme son caractère dominant, celui qu'elle ne peut perdre sans perdre en même temps sa nature propre.

Peut-on supposer en effet, après la lecture de ces textes, une participation que les tiers connaîtraient officiellement, qui leur serait opposable, dont ils pourraient se prévaloir pour poursuivre en responsabilité les associés de celui qui a agi seul envers eux ? Peut-on concevoir une participation dont les membres, qui n'ont pas traité avec les tiers, s'autoriseraient de leur qualité d'associés pour poursuivre, contre ce tiers, l'exécution des engagements que ceux-ci ont pris envers le gérant ? Peut-on, en un

---

(1) Pothier, N° 61.
(2) Jousse, p. 222.

mot, d'après les notions qu'en ont données ces auteurs, se faire une idée d'une participation ayant une existence officielle ?

Evidemment non, une telle société ne serait pas une participation ; elle ne mériterait plus la qualification d'anonyme donnée à la participation parce qu' « elle ne se fait sous aucun nom », « parce qu'elle n'est connue de personne ».

Le caractère occulte est inhérent à sa nature, c'est par là qu'elle se distingue des autres sociétés même de la société en commandite ; bien que celle-ci en effet présente de grandes analogies avec la participation même après l'ordonnance de 1673, elle n'est pas essentiellement occulte, puisqu'elle doit être publiée au moins lorsqu'elle intervient entre négociants (1).

49. — Cette démonstration, fût-elle seule, nous semblerait suffisante, à cause de l'autorité des auteurs que nous avons cités, et de l'importance de la pratique antérieure au Code de Commerce à laquelle s'est référé le législateur de 1807, pour prouver que son caractère occulte est de l'essence de la participation.

Mais il nous est encore facile d'établir qu'aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1673, ce caractère peut être

---

(1) Troplong, op. cit. N° 394.

considéré comme distinctif de cette société parce qu'il doit s'y rencontrer toujours et jamais dans les autres sociétés.

50. — Que ce caractère ne puise exister dans une des sociétés en nom collectif, en commandite ou anonyme qu'énumère l'article 19 du Code de Commerce, nous n'en pouvons trouver de meilleure preuve que le souci qu'a eu le législateur d'en assurer la divulgation officielle, par des mesures de publicité prescrites à peine de nullité. Ce souci se manifeste dans les articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867.

C'est précisément parce que ces sociétés ne possédaient pas le caractère occulte que ces formalités ont été édictées à leur égard. Il était important de parer au danger qui serait résulté pour les tiers de l'ignorance où ils auraient pu se trouver de l'existence de sociétés qui leur seraient opposables, et c'est pourquoi le législateur a voulu en assurer la publication.

A l'égard de la participation il n'a pas agi de même. L'article 50 du Code de Commerce la dispense de toutes les formalités exigées des autres sociétés ; c'est que, pour elle, la nécessité de la publication ne se faisait pas sentir parce qu'elle est occulte.

51. — Ce caractère qui n'appartient à aucune autre société est encore essentiel à la participation qui, sans lui, ne se distinguerait plus des autres sociétés énumérées par l'article 19 du Code de Commerce.

52. — Avant de le montrer, nous devons nous demander ce qu'il faut entendre par « être occulte ».

Delamarre et Lepoitvin expliquent que ce mot vient du latin « non proscripta » ; il n'est pas un synonyme de mystérieux mais « un qualificatif neutre qui exprime une chose restant cachée sans qu'il y ait rien à faire (latet suapte natura) » (1).

Suivant cette interprétation, les participants qui veulent conserver à leur association ce caractère sont soumis à différentes obligations. Ils doivent s'abstenir de tout agissement qui pourrait amener les tiers à croire qu'ils traitent, non pas seulement en leur propre nom, mais encore au nom de tous leurs co-associés ou comme gérants de la société. Ils doivent éviter toutes les circonstances de fait dont les tiers pourraient conclure que, en même temps que la sienne, chaque associé engage la responsabilité de tous ses co-associés ; et, pour cela, lorsqu'ils contractent des engagements, même pour le compte de la société, ils doivent se présenter au public comme de simples particuliers agissant pour leur propre compte. En un mot ils ne doivent jamais prendre, pour traiter, la qualité de membres de la société dont ils font partie, et ne doivent agir qu'en leur propre et privé nom.

Mais là se bornent leurs obligations.

Dès lors, peu importe que les tiers aient eu connais-

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, op. cit. N° 102.

sance du lien qui unit les participants entre eux. Ils ne peuvent s'en prévaloir, en l'absence de toute faute de ces derniers, pour les rendre tous responsabls des engagements pris par un seul d'entre eux. Si, en effet, ils ont connu la véritable nature du contrat qu'ont formé les participants, ils savent qu'il ne leur est pas opposable et qu'ils n'ont d'action que contre celui d'entre eux avec lequel ils ont traité. Si, au contraire, ils se sont mépris sur cette nature, ils ne peuvent demander à ces participants, la réparation du dommage que leur cause une erreur que ceux-ci n'ont pas provoquée.

La plupart des auteurs qui reconnaissent le caractère occulte de la participation admettent que la simple connaissance de fait que le public peut en avoir ne suffit pas à le lui faire perdre (1).

Cette manière de voir est conforme à la conception de Savary, nous nous y rangeons ; elle est d'ailleurs confirmée par ce qui se passe dans la pratique où de nombreuses participations fonctionnent au su de tout le monde, mais n'en conservent pas moins leur caractère occulte parce que leurs membres, dans leurs rapports avec les tiers, agissent comme de simples particuliers et en leur propre nom et non pas en qualité d'associés et au nom de la société.

---

(1) Vavasseur, op. cit. N° 315 ; Arthuys, op. cit. N° 295 en note et N° 1306 ; Houpin, op. cit. N° 245 ; Poulle, N° 58 ; Pandectes françaises, N° 106.

53. — La société que ses membres auraient qualifiée d'association en participation, tout en stipulant une clause en contradiction avec le caractère occulte, comme le serait celle qui permettrait aux associés de traiter autrement que comme de simples particuliers et en leur propre nom et qui les autoriserait à agir en leur qualité de membres de la société et en son nom, appartiendrait à l'une des catégories de sociétés énumérées par l'article 19 du Code de Commerce. Elle ne pourrait en différer que dans la forme, parce que les formalités de publicité n'auraient pas été remplies, parce que la qualification de participation lui aurait été donnée, parce qu'elle n'aurait pas été constatée par écrit, mais cela n'influe pas sur la véritable nature d'une société.

Les clauses qui privent une participation de son caractère occulte lui donnent en effet une existence officielle, la rendent opposable aux tiers.

Or, le législateur, justement préoccupé du retentissement que peut avoir la création des sociétés qui sont opposables aux tiers, en a soumis la formation à des règles précises et étroites. Il n'a permis de les constituer que suivant certaines formes à l'égard desquelles il a prescrit, sous la rigoureuse sanction de la nullité, des formalités destinées à porter la création et les conditions de ces sociétés à la connaissance du public qui a le plus grand intérêt à ne pas les ignorer parce qu'elles lui sont opposables.

Suivant le degré de responsabilité des associés, le lé-

gislateur reconnaît (art. 19 C. com.) la société en nom collectif où « tous les associés sont solidaires des engagements de la société » (art. 22), la société en commandite où les commandités seuls sont assimilés aux associés en nom collectif, tandis que les commanditaires ne « sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société » (art. 26), enfin la société anonyme où « les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société » (art. 33).

La formation, le fonctionnement, la dissolution, la liquidation de ces sociétés ont été soumis par le législateur, dans le Code commerce et dans les lois qui ont été promulguées depuis, à des règles précises destinées les unes à la protection des intérêts des associés eux-mêmes, le plus grand nombre à la protection des intérêts des tiers.

A quoi serviraient ces dispositions restrictives s'il était possible aux individus, qui veulent établir entre eux une société opposable aux tiers, d'arriver au même résultat en employant une forme d'association qui en serait dispensée ?

La réglementation, à laquelle le législateur a soumis les sociétés qu'il énumère dans l'article 19 du Code de Commerce, n'a de raison d'être, à notre avis, que si ce sont là les seuls modes que puissent employer ceux qui veulent donner à la société qu'ils établissent entre eux, une existence à l'égard des tiers.

Lors donc que dans l'acte de constitution, les membres

d'une société insèreront des clauses tendant à donner à leurs conventions effet à l'égard des tiers, incompatibles par conséquent avec le caractère occulte, il y aura lieu à l'emploi de l'une des formes que reconnaît le législateur dans l'article 19. Si une telle société a été dénommée participation, c'est à tort, et cette fausse qualification ne peut avoir pour résultat de lui conférer la nature de cette espèce de société.

Cette société, suivant le degré de responsabilité des associés dans leurs rapports avec les tiers, appartiendra à la catégorie des sociétés en nom collectif, en commandite ou anonyme ; elle sera nulle, pour défaut d'accomplissement des formalités exigées par la loi, mais elle produira, dans la mesure où la jurisprudence les admet, les conséquences que peut avoir amenées son fonctionnement jusqu'au moment de la demande en nullité.

34. — Nous avons envisagé seulement l'hypothèse où la société avait été dépourvue de son caractère occulte dès le moment de sa constitution ; c'est la seule qui soit intéressante ici. Et en effet, la perte de ce caractère survenue, au cours du fonctionnement d'une participation, par suite des agissements de ses membres, n'entache en rien la validité de sa constitution ; elle n'en reste pas moins une participation dont l'origine est parfaitement régulière et dont on ne peut, par conséquent, demander la nullité pour défaut d'accomplissement des formalités de publicité. La responsabilité qu'encourent, à l'égard des tiers, les associés dont les agissements ont amené cette perte, doit s'expliquer

nous le verrons, autrement que par l'idée d'une transformation de la participation en société en nom collectif, en commandite ou anonyme.

55. — La conclusion est aisée : le caractère occulte est de l'essence de la participation, il ne peut appartenir à aucune autre société, c'est donc bien lui qui distingue l'association en participation des autres sociétés.

56. — Le système que nous adoptons et qui consiste à distinguer l'association en participation des autres sociétés par son caractère occulte est d'ailleurs généralement admis aujourd'hui par la doctrine et par la jurisprudence.

57. — Troplong reconnaît que ce caractère est de l'essence de la participation : « Quel que soit son objet, dit-il, si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation ». (1)

Mais il ne trouve pas cette association suffisamment caractérisée si l'on n'y ajoute pas un autre trait : « C'est qu'elle ne confond pas la propriété des mises » (2).

Il est le premier à avoir dégagé dans ce sens la physionomie de la participation qu'il avait étudiée chez les anciens.

Après lui un courant de plus en plus stable apparut chez

---

(1) Troplong, op. cit. N° 499.

(2) Troplong, op. cit. N° 500.

les auteurs en faveur de la théorie que la participation est essentiellement occulte (1).

Les auteurs récents admettent que c'est là le caractère qui la distinguent des autres sociétés (2).

58. — Pendant longtemps la jurisprudence chercha dans son objet le caractère distinctif de l'association en participation, il en est résulté un grand désarroi que nous avons signalé (3).

Quelques arrêts s'inspirèrent ensuite de la théorie qu'avait exposée Troplong et s'attachèrent pour reconnaître cette association à son caractère occulte.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris a, dans un arrêt du 9 mars 1843 (4), reconnu le caractère de participation à l'association formée pour la publication d'un journal, parce qu'elle n'avait pas de raison sociale révélant son existence à l'extérieur.

Pour la même raison, la Cour de Bruxelles, dans un arrêt du 15 avril 1848 (5), qualifia de participation la so-

---

(1) Delangle, op. cit. N° 600 ; Delamarre et Lepoitvin, N° 102 ; Bédarride, N° 431 ; Rousseau, N° 1731 ; P. Pont, N° 1774 ; Georges Deloison, N° 552 ; Vavasseur, N° 315 ; Poulle, N° 54 ; Boistel, 2° et 3e édit., N° 366.

(2) Dalloz, Jur. gén. V. soc. Rép. N° 1609, supplément, N° 1970 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., N° 1053 ; Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 3e édit. N° 476 ; Houpin, op. cit. T. I., N° 245 ; Arthuys, op. cit., N° 295 ; Pandectes françaises, N° 98.

(3) V. + h. N° 42.

(4) S. 1843, 2, 274. D. 43, 2, 273.

(5) D. 1849, 2, 227.

ciété ayant pour objet de mettre en commun d'un côté le produit d'une brasserie qui continuait à être exploitée par son propriétaire, de l'autre, la jouissance d'un capital, bien qu'elle eut pour objet des opérations successives dont la durée était fixée à un certain nombre d'années.

Toujours parce qu'elle ne s'était pas révélée à l'extérieur, la société, qualifiée de commandite par les parties, formée pour le commerce de grains, fut reconnue comme une participation par la cour d'Agen (1), bien que son objet n'eut été limité ni quant à la durée ni quant à l'étendue.

De même encore la cour de Nancy (2) a refusé le caractère de participation à une société formée pour la fourniture des fourrages militaires d'un département, parce que cette société, officiellement portée à la connaissance du public, ne pouvait être qu'une société en nom collectif.

De nombreuses autres décisions ont été inspirées par des motifs semblables (3).

La jurisprudence n'était cependant pas constante en faveur de cette théorie et de nombreuses décisions se laissaient influencer par l'opinion que nous avons combattue.

C'est ainsi qu'en 1875 encore, la cour de Douai, dans un

---

(1) S. 54, 2, 23.

(2) D. 55, 2, 349.

(3) Cass. 5 mai 1858, D. 58, 1, 222 ; 4 décembre 1860, D. 61, 1, 302 ; 20 novembre 1861, D. 62, 1, 132 ; Paris, 7 février 1863, D. 63, 2, 62 ; Cass. 19 juillet 1863, D. 64, 1, 27 ; 21 juin 1864, D. 64, 1, 389 ; Poitiers, 13 juin 1870, D. 70, 2, 189 ; Paris, 8 août 1870, D. 71, 2, 7 ; Cass. 8 mars 1875, D. 76, 1, 369 ; 21 mars 1876, D. 76, 1, 198 ; 26 août 1879, D. 80, 1, 120.

arrêt du 3 février (1), déclare que le caractère spécial de l'association en participation est de ne constituer qu'une association passagère, de n'avoir pour objet qu'une ou plusieurs opérations commerciales déterminées à l'avance.

Et en 1880 (2), la cour de Dijon déclare qu'une société, ayant pour objet la concession pour quatre-vingt-dix-neuf ans, la construction et l'exploitation d'une voie ferrée départementale n'a pas le caractère déterminé et temporaire qui constitue l'essence de la participation.

Quelques décisions, tout en admettant qu'il est essentiel à l'association en participation de ne pas se manifester à l'extérieur, font entrer en ligne de compte, pour sa détermination, le caractère unique et déterminé de son objet (3).

Mais, dans son dernier état, la jurisprudence, suivant un courant constant, reconnaît que le caractère essentiel et distinctif de la participation est d'être occulte (4).

C'est là le caractère prédominant de cette association, celui sans lequel elle ne serait pas une participation ; nous

---

(1) D. 77, 2, 140.

(2) 28 mai 1880, Journal des Sociétés, 1880 p. 501.

(3) Paris, 1er juillet 1852, D. 52, 2, 20 ; Cass. 30 juillet 1877, D. 78, 1, 290 ; Bordeaux, 6 février 1849, S. 49, 2, 135 ; Rouen, 19 juin 1844, S. 44, 2, 393.

(4) Rennes, 4 mars 1880, D. 81, 2, 212 ; Cass. 18 janvier 1881, D. 81, 1, 245 ; 1er mars 1886, D. 87, 1, 65 et la note de M. Thallet sous cet arrêt ; Poitiers 22 décembre 1887. S, 38, 2, 1 et la note ; Limoges, 2 mars 1892, D. 94, 2, 189 ; Paris, 8 janvier 1900, D. 1902, 2, 207, et la note de M. Lacour sous cet arrêt ; Tribunal d'Hazebrouck, 23 novembre 1902, J. S. 02, p. 254 ; Cass. 28 novembre 1904, D. 06, 1, 109 et la note sous cet arrêt ; Paris, 27 juin 1905, 9 janvier 1907, tribunal de commerce de la Seine, 19 mars 1907, D. 08, 2, 393 ; Douai, 28 juillet 1906. D. 08, 2, 13 et la note de M. Lacour sous cet arrêt ; Cass. 30 juillet 1907, J. S. 08, p. 350 ; 28 mars 1908, J. S. 08, p. 352 ; 28 juillet 1906, J. S. 07, 1, p. 435.

verrons, en étudiant les conséquences qu'il entraîne, quels sont les clauses ou les faits avec lesquels il est incompatible. La présence de l'une de ces clauses dans l'acte de constitution d'une société oblige le juge à lui refuser le caractère de participation. L'apparition de l'un de ces faits au cours du fonctionnement d'une participation nécessite, à l'égard des associés qui les ont accomplis, l'application de règles autres que celles admises en matière de participation.

59. — L'importance de ce caractère, par lequel la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à distinguer aujourd'hui la participation, provient de deux causes : Et d'abord c'est un critérium qui permet de la distinguer des autres sociétés de commerce ; or, nous l'avons dit, l'intérêt qu'il y a à faire cette distinction est considérable à cause du régime de faveur auquel elle est soumise. C'est, en second lieu, de ce caractère principal, que découlent la plupart des caractères accessoires dont l'ensemble constitue l'économie de la participation, à tel point que, pour la déterminer, il nous paraît suffisant de la définir : Une société occulte.

Nous avons établi le deuxième terme de cette définition, il reste à démontrer que l'association en participation est une véritable société. On a discuté longtemps sur ce point, et la controverse n'est pas encore close. Nous ne croyons pas pouvoir différer plus longtemps l'examen de cette question dont la solution aura de l'influence sur la suite de notre étude.

CHAPITRE III

La participation est-elle une véritable société

60. — L'association en participation est-elle une véritable société ? Ainsi posée, cette question semble assez difficile à résoudre. Quelques auteurs ont voulu y répondre catégoriquement et sans faire de distinctions ; ils ont été conduits à des conséquences extrêmes qui font ressortir la faiblesse de leur système.

§ I. — Système suivant lequel la participation est en tous points une véritable société. — Sa réfutation

61. — Suivant une première opinion, l'association en participation est une véritable société semblable aux autres sociétés de commerce et possédant comme elles la personnalité morale.

Le tribunal de commerce de Paris eut en 1830 (1) à se prononcer sur le point de savoir si, le gérant d'une parti-

---

(1) 25 février 1830, S. 31, 1, 202 : « Considérant que l'être moral qui, dans toute société, existe en dehors de chacun des associés, ne repose, quand il s'agit d'une association en participation, que dans la personne qui, en son propre et privé nom, dirige les opérations de l'association. Considérant que, si l'associé gérant doit compte à ses coparticipants de toutes les affaires intérieures de l'association, il est, vis-à-vis des tiers le seul responsable ; que lorsqu'il traite avec les mêmes tiers, au profit de l'association, lui seul exerce les diligences contre eux, de même pour les dettes directes de la société, il est le seul qui puisse être recherché..... »

cipation étant tombé en faillite, les créanciers de ce gérant, pour raison de travaux exécutés pour le compte de l'association, pouvaient se faire payer, de préférence aux autres créanciers de la faillite, sur les immeubles apportés en société ; et il rejeta les prétentions de ces créanciers, par le motif que la participation ne constitue pas un être moral. Un des arguments que contenait ce jugement en faveur de ce principe procédait du danger qu'il y aurait à reconnaître la personnalité morale à une société dispensée, comme l'est la participation, de toute formalité de publicité.

Sur appel, ces créanciers produisirent deux consultations de Pardessus et Merlin tendant à faire attribuer à cette association le caractère de véritable société et par conséquent de personne morale.

62. — A l'appui de leur thèse, ces deux auteurs cherchèrent à prouver que l'intention du législateur avait été d'assimiler complètement l'association en participation aux autres sociétés de commerce, au moins quant au fond.

63. — Cette intention résulte pour eux d'abord des travaux préparatoires, puis de la place qu'occupent, dans le Code de Commerce, les articles consacrés aux participations, ils se trouvent dans le titre troisième qui a pour rubrique : « Des Sociétés ».

A l'objection que les rédacteurs du Code de Commerce ne les ont pas dénommées sociétés, ils répondent que la qualification d'associations qui leur est donnée s'explique

suffisamment par le régime spécial qu'institue pour elles l'article 50 en les affranchissant des formalités prescrites pour les « autres sociétés » et que ces derniers mots n'auraient pas été employés par le législateur s'il n'avait pas considéré la participation comme une véritable société. L'article 47 fait pour elle ce que l'article 19 avait fait pour les sociétés en nom collectif, en commandite et anonyme, il la reconnaît comme une quatrième espèce de société, c'est là le seul sens que sa rédaction permette de donner à cet article.

64. — De l'avis de Merlin, l'article 1832 du Code civil qui donne la définition générale de la société s'applique à l'association en participation que vise plus spécialement l'article 1844 du même Code relatif aux sociétés dont l'objet est limité quant à sa durée.

Pour toutes ces raisons c'est, disent ces auteurs, une véritable société et comme telle, elle possède la personnalité morale que le législateur a conférée à toutes les sociétés commerciales.

65. — Il est vrai que sa nature occulte, consacrée par la dispense de publicité que renferme à son égard l'article 50, crée un danger pour les créanciers personnels des associés : ils peuvent se voir opposer l'existence de la participation au moment où ils veulent se faire payer sur les biens de ces asociés ; l'association personne morale est propriétaire du capital social que composent les mises des associés et qui est exclusivement réservé à la garantie des

dettes sociales, les créanciers personnels des associés s'en trouvent donc exclus, et de ce chef, le gage sur lequel ils avaient cru pouvoir compter se trouve, sans qu'ils aient pu le prévoir, diminué d'autant : « Mais, dit Merlin, il ne faut pas que la crainte d'un mal conduise dans un pire, et c'est un mal extrême de refuser l'application des textes précis de lois sous prétexte de quelques inconvénients ».

66. — Les conclusions de Pardessus et Merlin ne furent admises ni par la Cour d'appel de Paris (1) ni par la Cour de Cassation qui, le 2 juin 1834 (2), rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de cette dernière en refusant d'assimiler, comme le voulaient ces auteurs, l'association en participation aux autres sociétés commerciales jusqu'à leur reconnaître le caractère de personne morale incompatible avec le caractère occulte qui lui est essentiel.

Malepeyre et Jourdain considèrent également la participation comme une véritable société soumise à toutes les

---

(1) Paris, 19 avril 1831, S. 31, 2, 202.

(2) Cass. 2 juin 1834, S. 34, 1, 603 : « Attendu en droit que si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés anonymes, peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en est point de même pour les associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec ceux des sociétés ordinaires. Qu'en effet... Que le caractère qui distingue les associations commerciales en participation ne consiste pas seulement....., mais il consiste plus particulièrement encore en ce que l'ensemble des dispositions législatives qui leur sont spéciales, en fait une espèce de société qui.....n'est représentée vis-à-vis des tiers que par un des associés... etc... »

conséquences que ce caractère peut entraîner pour elle, ils lui reconnaissent notamment la personnalité morale (1).

Bravard (2) fait une distinction subtile entre l'association en participation, pur contrat que forment entre eux plusieurs individus et qui suit les règles de tout contrat, et la société en participation véritable société commerciale.

La participation sera rangée dans l'une ou l'autre de ces catégories suivant qu'il résultera des conventions des parties qu'elles ont voulu former une simple association ou une véritable société. L'intention de former une société résultera par exemple de ce que les associés auront établi un capital social, gage spécial des créanciers sociaux. Lorsque les termes de la convention manifesteront clairement l'intention des participants d'avoir voulu former une société, leur participation devra être considérée comme une société commerciale pourvue de la personnalité morale.

Cette distinction ne s'autorise ni de ce que nous apprennent les auteurs anciens, ni de ce que contient le Code de Commerce qui ne la fait pas.

Bravard voit dans les termes de l'article 47 la preuve que le législateur a voulu conférer la personnalité morale à la participation, parce qu'il la reconnaît comme une quatrième espèce de société commerciale ; mais cet article ne fait pas la distinction entre l'association et la société

---

(1) Malepeyre et Jourdain, p. 264 et s.
(2) Bravard Veyrières et Demangeat, op. cit. p. 368 et s.

en participation ; ses mêmes termes, tout en s'appliquant aux deux, pourraient donc la conférer à l'une et la refuser à l'autre, nous ne pouvons l'admettre.

67. — La jurisprudence contient quelques arrêts conformes à cette doctrine qu'elle a depuis longtemps complètement abandonnée (1).

68. — Le plus grand reproche que l'on puisse formuler contre ce système, c'est que ses partisans sont fatalement amenés, pour être logiques, à reconnaître à la participation des caractères qui sont en opposition avec sa nature.

De ce qu'elle est une société commerciale, ils ont en effet déduit que, comme les autres sociétés de cette catégorie, elle est une personne morale, propriétaire d'un capital social, gage spécial des créanciers sociaux. Or, la personnalité morale, le capital social sont, nous le verrons, incompatibles avec le caractère occulte que nous regardons comme essentiel à la participation ; quant aux créanciers sociaux, leur présence suppose nécessairement que le gérant de la participation a pu contracter en son nom, portant ainsi d'une façon officielle son existence à la connaissance des tiers ; ce qui est complètement opposé au sens que nous avons donné du mot occulte.

---

(1) Bruxelles, 27 novembre 1830, S. 31, 2, 64 ; Rouen, 19 juin 1844. S. 44, 2, 393 ; Tribunal de commerce de Saintes, 24 mars 1892, D. 93, 2, 111.

§ II. — SYSTÈME QUI REFUSE CATÉGORIQUEMENT A LA PARTICIPATION LE CARACTÈRE DE SOCIÉTÉ. — SA RÉFUTATION

69. — Les auteurs qui considèrent que la participation est essentiellement occulte ne peuvent admettre ces conséquences extrêmes auxquelles arrivent ceux qui la regardent comme une véritable société ; aussi quelques-uns ont cru devoir rejeter le principe d'où elles découlent. Et c'est parce qu'ils ne peuvent reconnaître à la participation le caractère de personne morale, parce qu'ils ne peuvent pas admettre en cette matière l'existence de créanciers sociaux, parce qu'en un mot ils ne peuvent concilier avec la nature de cette association quelques-uns des caractères que possèdent les sociétés commerciales, qu'ils refusent de la comprendre dans la catégorie de contrats auxquels on a donné le nom de sociétés et ne la considèrent que comme un contrat innomé régi par les règles générales des contrats et par les conventions des participants.

70. — Troplong (1) et à son exemple Rousseau (2) et Saglier (3) argumentent en ce sens, de ce que la participation manque d'une des conditions exigées de toute société par l'article 1832 du Code civil parce qu'elle n'a pas de patrimoine commun.

---

(1) Troplong, op. cit. N° 500.
(2) Rousseau, op. cit. N° 1731.
(3) Saglier, op. cit.

« C'est là, dit Troplong (1), le signe caractéristique et saillant, c'est par là que la participation n'est pas une vraie société..... Une association n'est pas une société normale quand elle ne forme pas un fonds commun, un capital social quand chacun des associés ne démembre rien de la propriété de son apport, car alors il lui manque une des conditions de l'article 1832 ».

De même Alauzet conclut, de ce que dans la participation il n'y a ni être moral ni fonds social, que ce n'est pas une véritable société (2).

Boistel (3) regarde comme intentionnelle l'opposition des deux mots « société et association » mis en présence l'un de l'autre dans l'article 47 du Code de Commerce et il y voit la volonté du législateur de ne pas considérer la participation comme une société. La place qu'occupent les articles qui en traitent dans le titre « Des sociétés », s'explique pour lui par les quelques analogies qui existent entre l'association en participation et les sociétés, mais « les articles 47 à 50 sont tous consacrés à signaler les différences » qui les séparent.

Delangle (4) combat longuement la théorie de Pardessus et Merlin et refuse le caractère de véritable société à la participation qu'il ne considère que comme une quasi-société.

---

(1) Troplong, op. cit., N° 500.
(2) Alauzet, op. cit., N° 247.
(3) Boistel, op. cit., N° 367. V. aussi Vavasseur, op. cit., N° 315.
(4) Delangle, op. cit., N°s 593 à 602.

La place qu'occupent les articles 47 à 50 dans le Code de Commerce prouvait selon Pardessus et Merlin en faveur de leur théorie, Delangle, s'aidant des travaux préparatoires, montre que si le législateur n'a pas compris les participations dans l'énumération que contient l'article 19 des différentes espèces de sociétés commerciales, c'est qu'il a voulu distinguer deux choses complètement différentes. Pour lui, l'opposition qui existe dans l'article 47 entre les deux termes « association » et « société » ne permet pas de douter de l'intention qu'a eue le législateur de voir dans la participation autre chose qu'une société. D'ailleurs, la personnalité morale ne se conçoit qu'accompagnée de certaines formalités de publicité destinées à parer au danger qu'il y aurait, pour les créanciers personnels des associés, à se voir révéler inopinément l'existence d'une société entre leurs débiteurs et d'autres personnes ; si le législateur en a dispensé la participation, c'est qu'il ne la considérait pas comme une société, s'il n'en était pas ainsi, l'inégalité de traitement ne s'expliquerait pas.

Delangle signale encore un autre inconvénient du système de Pardessus, c'est l'impossibilité, en l'absence de publicité, de distinguer les dettes sociales des dettes personnelles des associés. Puisque chaque associé traite en son propre nom, même pour le compte de la société, à quoi reconnaîtra-t-on que les engagements qu'il prend obligent la société toute entière, ou lui seul ? Et il conclut (1) :

---

(1) Delangle, N° 602.

« Non : les règles générales de la convention de société ne peuvent pas être appliquées à l'association en participation : c'est un contrat à part ayant ses règles spéciales, concentré entre ceux qui stipulent, n'important au public en façon quelconque ; ce n'est pas une société proprement dite ».

71. — Cette deuxième théorie pêche également par la rigueur des conséquences auxquelles elle aboutit. Pour éviter un excès, elle tombe dans un autre. Nous lui reprochons, comme à la première, d'être trop systématique ; il est impossible d'expliquer certains effets de la participation entre les participants si on refuse de lui reconnaître le caractère de société. Cette manière de voir n'est d'ailleurs pas conforme aux précédents historiques ; les participants sont considérés dans la doctrine et la jurisprudence italiennes comme unis entre eux par une véritable société ; les auteurs français, Savary entre autres, parlent de la participation dans le chapitre consacré au contrat de société ; ils la désignent comme l'une des espèces de sociétés au même titre que la société en nom collectif et la société en commandite.

§ III. — LA PARTICIPATION EST UNE VÉRITABLE SOCIÉTÉ, MAIS SEULEMENT DANS LES RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX

72. — La faute commune à l'un et à l'autre de ces deux systèmes est de vouloir trancher d'un mot une question qui, selon nous, ne peut être résolue que par une distinction.

Pour y répondre, nous la diviserons et nous l'envisagerons successivement dans les rapports des associés avec les tiers et dans les rapports des associés entre eux.

73. — L'étude des auteurs anciens, auxquels le Code de Commerce s'est référé, nous l'avons dit et nous n'y reviendrons pas, nous a montré qu'à l'égard des tiers l'association en participation n'existe pas ; ceux-ci ne connaissent que l'associé avec lequel ils ont contracté et le lien qui unit les participants entre eux ne leur est pas opposable. Ce caractère occulte est essentiel à la participation, c'est par lui, avons-nous dit, qu'elle se distingue des sociétés de commerce qu'énumère l'article 19 du Code de Commerce.

Cette association ne saurait dès lors être considérée comme une société à l'égard des tiers vis-à-vis desquels elle n'a pas d'existence.

74. — La question se trouve donc singulièrement simplifiée, elle ne se pose plus que sous cette forme : Les associés en participation sont-ils unis entre eux par une véritable société ?

Ainsi posée, c'est, à notre avis, par l'affirmative que cette question doit être résolue.

75. — L'article 1832 du Code civil donne de la société la définition suivante : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Nous verrons que les associés doivent aussi partager les pertes.

Que l'association en participation soit une réunion de deux ou plusieurs personnes qui ont pour but, en s'associant, de réaliser et de partager un bénéfice, ceci est universellement admis. Il n'y a de controverse que sur le point de savoir si la participation répond à la condition imposée par l'article 1832 de « mettre quelque chose en commun ».

76. — Quelques auteurs pensent que cette condition lui fait défaut parce qu'elle n'a pas de capital social composé des mises des associés et propriété de la société, être moral ; en conséquence, ils refusent de la considérer comme une vraie société (1).

Ce défaut de capital social est une conséquence de l'inexistence de la participation à l'égard des tiers.

L'expression capital social désigne, suivant le sens communément adopté, une masse de biens composée des mises de tous les membres d'une société, et qui se distingue de la fortune personnelle de chaque associé pour former un patrimoine à part, propriété de la société personne morale, spécialement affecté à la garantie des dettes sociales.

Ainsi entendu, le capital social ne se conçoit que dans les sociétés qui ont des rapports avec les tiers. L'utilité de la séparation du patrimoine individuel de chaque associé et de celui de la société n'existe que pour les créanciers sociaux à qui elle donne l'assurance d'être

---

(1) Troplong, op. cit., N° 500 ; Rousseau, op. cit., N° 1731 ; Alauzet, op. cit., N° 247.

payés, de préférence aux créanciers personnels des associés, sur ce capital qui leur est exclusivement réservé.

Il n'a pas de raison d'être dans l'association en participation qui n'a pas d'existence externe, puisque dans une telle société il n'y a pas de créanciers sociaux, mais seulement des créanciers personnels des associés.

77. — Dans ces conditions, les mises des participants peuvent subir plusieurs sorts ; chaque associé peut conserver la propriété de ce qu'il apporte, ou la faire passer aux mains du gérant chargé d'administrer la société, enfin, ces apports peuvent devenir la co-propriété de tous les associés, mais sans constituer, dans ce dernier cas, un capital social.

Quelle que soit la situation juridique de ces apports (et ici, nous le verrons, tout dépend de la volonté des contractants), la condition de « chose mise en commun » est respectée.

I. — Cela est de toute évidence dans le cas où les associés acquièrent, sur l'ensemble de leurs mises, un droit de co-propriété.

II. — Si la propriété des apports passe, par la volonté des associés, aux mains de l'associé chargé de la gestion de la société ; cela dans le but de lui en faciliter l'administration, la situation présente une certaine analogie avec celle où ces apports, réunis pour former un capital social, deviennent la propriété de la société qui possède la person-

nalité morale. Dans l'un et l'autre cas, en effet, les associés abandonnent, dans l'intérêt de la société, la propriété de leurs mises au profit d'une personne, peu importe, dit Pont (1) « que cette personne soit un être moral qui personnifie la société toute entière, ou un gérant avec lequel elle s'identifie complètement pendant sa durée ».

Personne ne songe à nier la réalisation de la condition de « chose mise en commun », dans le cas où le capital social formé par la réunion des apports devient la propriété de la société ; pour les mêmes motifs, on doit admettre que cette condition est réalisée, lorsque la propriété du capital, formé de l'ensemble des mises, passe aux mains de l'associé gérant ; là, comme dans le premier cas, les associés se démettent de la propriété de leurs apports au profit de la société ; mais celle-ci emprunte la personnalité de l'associé gérant, parce que sa nature s'oppose à ce qu'elle ait par elle-même une existence officielle.

III. — Si enfin les associés conviennent que chacun d'eux conservera la propriété individuelle de sa mise, peut-on dire encore qu'il y a chose mise en commun ? Nous le croyons. La solution de la question est d'autant plus intéressante que nous admettrons qu'en l'absence de conventions à ce sujet, les apports restent la propriété de chacun des associés. Les apports, tout en restant aux mains des associés, n'en sont pas moins destinés à être employés

---

(1) Pont, op. cit., N° 1779.

au service de la société, il faut en voir une preuve dans ce qu'au moment du règlement définitif, les bénéfices et les pertes réalisés au moyen de ces apports seront mis en commun pour être partagés entre les associés, proportionnellement à la part qu'ils ont prise dans la société.

Ce qui est mis en commun ici, ce sont les efforts et l'industrie des associés dirigés vers le même but : faire fructifier le capital formé par les apports dont la propriété est restée entre leurs mains, et partager les bénéfices réalisés.

78. — En général, d'ailleurs, dans ce cas, tous les associés sont gérants pour partie de l'affaire commune ; chacun agit de son côté, en son nom particulier, et se sert de sa mise pour atteindre le but commun. A l'égard de chaque associé, la situation présente des analogies avec la précédente ; tout se passe, en effet, comme si les apports avaient été réunis pour former un capital, divisé ensuite entre tous les associés, pour leur permettre de remplir leur rôle de gérants ; chaque gérant peut dès lors considérer son apport comme une fraction du capital commun mise à sa disposition pour lui faciliter sa tâche.

Savary cite l'exemple de la société formée entre marchands pour ne pas payer, dans les Foires ou Marchés, une marchandise au-dessus d'un certain prix. Chacun d'eux conserve la propriété de sa mise dont il se servira pour acheter des marchandises ; et, lorsque l'opération sera terminée, ces marchandises seront réunies pour former une masse commune qui sera ensuite partagée entre les associés, suivant la part que chacun aura prise dans la

société. On peut dire qu'il y a eu un capital commun formé de la réunion des apports de tous les associés, mais que ce capital a été divisé entre eux, tous gérants, pour qu'ils puissent acheter les marchandises.

79. — Mais on peut supposer que les associés conservent la propriété de leurs apports, bien qu'un seul d'entre eux soit chargé de l'administration de la société. Ils mettent alors en commun les aléas de l'opération qu'ils s'engagent à subir au prorata de leur part. Le gérant d'ailleurs, pour ne pas avoir la propriété des apports, n'en possède pas moins contre chacun des associés un droit de créance pour l'obliger à verser ce qu'il a promis ; la réunion de ces droits constitue entre ses mains un capital commun suffisant pour que la condition exigée par l'article 1832 soit réalisée.

80. — Rien n'autorise, en effet, l'interprétation étroite que veulent donner aux mots « chose mise en commun » de l'article 1832 du Code civil, ceux qui ne conçoivent pas la réalisation de cette condition sans l'existence d'un capital social propriété d'une personne morale.

L'expression employée par le législateur nous paraît, au contraire, assez générale pour pouvoir comprendre toutes les combinaisons que peuvent adopter les individus, qui s'associent pour faire converger leurs efforts et leurs capitaux vers un même but : réaliser un bénéfice et le partager ensuite. Pont est partisan de cette interprétation large : « En droit, dit-il, aussi bien qu'au point de vue « économique, qu'est-ce au fond et en réalité qu'une so-

« ciété ? C'est la combinaison de forces ou, en termes « d'économie politique, de capitaux destinés à être em- « ployés dans un intérêt commun, comme susceptibles « de produire, par leur réunion même, des résultats que « l'action individuelle et isolée des associés serait im- « puissante à procurer. Ce qui caractérise la société, c'est « donc l'emploi, pour l'utilité commune, des capitaux « argent, fonds de terre, crédit, industrie) que chacun « des associés met à la disposition de l'association » (1).

81.— La condition de chose mise en commun exigée de toute société par l'article 1832 du Code civil se trouve entièrement réalisée dans la participation (2), rien ne s'oppose dès lors à ce que nous la considérions, entre les associés du moins, comme une véritable société.

Cette conclusion est conforme à la doctrine ancienne en Italie et en France et nous savons quelle importance ont acquis les précédents historiques dans cette matière où le législateur n'a rien pu définir et où il n'a rien voulu modifier à l'état de choses antérieur.

Pour que l'énumération de l'article 19 du Code de Commerce soit complète, cet article devrait être ainsi rédigé : La loi reconnaît quatre espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme et la société en participation.

---

(1) Pont, op. cit., N° 1779.
(2) Pandectes françaises. N° 14.

82. — Les arguments tirés, en faveur de la théorie que la participation n'est pas une vraie société, des travaux préparatoires, de ce que l'article 19 n'en parle pas, de l'opposition des mots association et société dans l'article 47, n'ont que peu de valeur. En effet le soin qu'a pris le législateur à séparer l'association en participation des autres sociétés commerciales, en ne la comprenant pas dans l'énumération qu'il en donne, en lui consacrant des articles spéciaux où il ne lui donne pas le même nom, s'explique suffisamment par le nombre et l'importance des différences qui existent entre cette sorte de société et les autres et qui procèdent toutes du caractère occulte qui la distingue.

83. — Le danger résultant du défaut de publicité, considérable dans les autres sociétés, disparaît quand il s'agit de participation.

Que peuvent, en effet, redouter les tiers de la révélation inopinée d'une société qui ne leur est pas opposable ? Quelle importance présente la distinction entre les dettes personnelles et les dettes sociales dans une société qui n'a pas de capital social, qui ne jouit pas de la personnalité morale, qui, par conséquent ne peut être débitrice ? Le défaut de publicité de la participation est une des conséquences de son inexistence juridique à l'égard des tiers.

DEUXIÈME PARTIE

Conséquences des caractères de l'Association en Participation

DEUXIÈME PARTIE

Conséquences des caractères de l'Association en Participation

84. — Nous avons satisfait à la tâche que nous nous étions imposée de déterminer la nature de cette association. Nous l'avons, en effet, classée dans la catégorie de contrats que l'on appelle les sociétés, nous l'avons distinguée des contrats de la même espèce par son caractère occulte, elle se trouve donc définie de telle façon qu'il n'est possible de la confondre avec aucun autre contrat.

Il nous semble cependant que notre étude serait imparfaite si nous nous en tenions là ; il nous paraît nécessaire, pour être complet, de déduire les conséquences des deux caractères principaux que nous avons reconnus à cette association et qui se résument dans la formule : « La participation est une société occulte ».

Chacune des espèces énumérées par l'article 19 du Code de commerce fait partie du genre société défini par l'article 1832 du Code civil, mais chacune a ses caractères spéciaux

qui la distinguent des autres ; toutes obéissent aux principes généraux qui dominent le contrat de société, mais chacune est soumise à des règles spéciales rendues nécessaires par sa nature propre.

La société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme ont des caractères communs, c'est ainsi par exemple, que toutes sont opposables aux tiers et comme telles soumises à des formalités de publicité, elles ne peuvent être prouvées que par un acte écrit ; toutes sont des personnes morales capables de devenir, céancières, débitrices, propriétaires par l'intermédiaire de leur représentant, le gérant ; toutes ont un capital social, un domicile social, agissent sous un nom social ; mais, chacune a un ou plusieurs caractères particuliers, elles se distinguent entre elles, par exemple, par le degré de responsabilité de leurs membres.

L'association en participation a des points communs avec toutes les autres sociétés, elle est soumise à toutes les conditions de fond que doit remplir une société sous peine de ne plus mériter cette appellation, mais elle s'en distingue, parce qu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers.

L'étude de ce dernier caractère occupera notre attention en premier lieu et d'une façon toute spéciale, car c'est en lui que réside toute l'originalité de la participation.

Lorsque de ce caractère principal nous aurons déduit ceux secondaires, dont la réunion donne à la participation sa physionomie propre, nous conclurons de ce que, entre

les participants du moins, elle est une véritable société, à l'application qui doit lui être faite des règles générales de ce genre de contrat.

L'ordre inverse semblerait peut-être plus logique, mais nous avons tenu à adopter cette marche qui nous permettra d'étudier dès maintenant la participation sous son aspect le plus intéressant.

CHAPITRE I

L'Association en participation n'a pas d'existence à l'égard des tiers.— Les conséquences de ce principe

85. — Les sociétés commerciales, autres que l'association en participation, lorsqu'elles sont régulièrement constituées, prennent une existence légale, elles deviennent opposables aux tiers.

Ainsi la stipulation d'un capital social diminue le gage des créanciers personnels des associés dans la mesure où ceux-ci contribueront à la formation de ce capital qui devient l'objet d'un droit de préférence au profit des créanciers sociaux. De même, la clause qui confère à l'un des associés le titre et les fonctions de gérant, lui donne le pouvoir d'obliger, à l'égard des tiers, les autres associés, mais seulement dans les limites de la responsabilité qu'ils ont assumée aux termes de l'acte de société.

86. — L'association en participation, au contraire, n'a pas d'existence à l'égard des tiers, et il faut comprendre dans cette expression toutes les personnes qui n'ont pas figuré au contrat par elles-mêmes ou par leurs représentants. Ce qui n'existe pas ne peut produire aucun effet ; les tiers ne pourront donc se prévaloir contre les associés de l'existence du lien qui les unit, et réciproquement, les

associés ne pourront l'opposer aux tiers ; en un mot, la participation n'a d'effets qu'entre les parties contractantes.

Ce caractère lui est essentiel ; l'insertion dans l'acte de sa constitution d'une clause tendant à le lui faire perdre, la ferait retomber dans l'une des autres catégories de sociétés commerciales (1).

87. — Il en résulte pour elle des conséquences assez nombreuses et très importantes que nous ne pouvons passer sous silence dans une étude sur la nature de cette société ; l'ensemble de ces conséquences constitue la physionomie propre de l'association en participation, ce pourquoi il était nécessaire de la soumettre à des règles spéciales.

La principale de ces conséquences est, à notre avis, le défaut de personnalité morale, qui a un grand retentissement sur le fonctionnement de la participation ; un grand nombre des effets de son caractère occulte s'y rattachent, aussi l'étudierons-nous en premier lieu.

---

(1) V. plus haut.

SECTION I

L'Association en participation ne jouit pas de la personnalité morale

§ I. — LE PRINCIPE

88. — Certains auteurs, qui regardent l'association en participation comme une véritable société, en concluent que, comme les autres sociétés commerciales, elle est une personne morale. Pour d'autres, qui ne peuvent concilier la personnalité morale avec le caractère occulte de la participation, cette association n'est pas une véritable société parce qu'elle n'est pas une personne morale. Il y a, entre ces deux opinions extrêmes, une solution intermédiaire que nous avons adoptée en montrant que la participation est une véritable société, mais qu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers ; cette solution permet de refuser à la participation le caractère de personne morale en la considérant cependant comme une véritable société.

89. — La personnalité morale est une création du législateur (1) en vertu de laquelle, à côté et indépendamment des personnes des associés, existe, dans les sociétés qui la possèdent, un être de raison entre les mains duquel sont concentrés les intérêts des associés considérés comme tels.

---

(1) Arthuys, op. cit., N° 107 et s.

Cet être juridique a un nom, le nom social, un patrimoine, le capital social, un domicile, le siège social ; il a des droits et des obligations, il peut être créancier, débiteur, il peut être mis en faillite, il a une individualité complètement distincte de celle des associés, ces derniers, en effet, peuvent, comme particuliers, faire avec la société être moral dont ils font partie, toutes les conventions qu'ils jugent convenables.

La personnalité morale des sociétés a été créée pour répondre à des besoins qui ont apparu au cours du développement qu'elles ont pris. Il est donc une époque, celle antérieure à sa création où elle n'existait pas.

Le législateur, en la créant, a pu l'accorder ou ne pas l'accorder à telle ou telle espèce déterminée de société, il s'est laissé guider en cela par le degré d'utilité qu'elle pouvait présenter dans chaque cas.

90. — Société et personne morale sont donc deux idées bien différentes, la deuxième est venue s'enter sur la première au cours de son développement, mais elles n'en sont pas moins parfaitement distinctes. Aussi, regardons-nous comme erronée l'opinion de ceux qui les considèrent comme tellement liées qu'ils ne peuvent concevoir l'une sans l'autre.

C'est l'erreur dans laquelle sont tombés ceux qui reconnaissent la personnalité morale à la participation, parce qu'ils admettent qu'elle est une société ou qui lui refusent le caractère de société parce qu'elle n'est pas une personne morale.

Pour mieux marquer l'indépendance de ces deux idées, certains auteurs ont distingué la société pur contrat de la société personne (1).

Avant tout, la société est un contrat qui doit réunir, pour être valable, les qualités exigées de tout contrat, elle a subsisté à cet état jusqu'au jour où, sur ce contrat spécial, le législateur a été amené à greffer l'idée de société personne, ce qu'il n'a généralement fait qu'en accompagnant cette création de certaines garanties (exigence d'un écrit, formalités de publicité) dont sont dispensées les associations en participation.

L'existence de la société se conçoit donc parfaitement sans celle d'une personne morale.

91. — Si nous examinons maintenant à quels besoins répond la création de la personnalité morale, ou quelles sont les conséquences qu'elle produit dans la pratique, nous voyons que son utilité ne se fait bien sentir que si l'on envisage la société dans ses rapports avec les tiers.

A l'égard des créanciers sociaux, il y avait un certain danger à tolérer la confusion, entre les mains de chaque associé, de son patrimoine personnel et de sa part dans le patrimoine social.

A défaut de personne morale, les associés auraient, sur le capital social, un droit de co-propriété ; ils pourraient donc, pendant le cours de la société, consentir une hypothèque sur leur part indivise. Le sort de cette hypothèque

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, op. cit., N° 105.

serait subordonné, il est vrai, au résultat du partage qui mettrait fin à l'indivision, mais elle sortirait son plein et entier effet, si le bien, sur lequel elle portait, était compris au lot de l'associé qui l'aurait constituée, et les créanciers sociaux se trouveraient ainsi frustrés de cette part du capital social qu'ils auraient considérée comme la garantie de leurs créances.

De même, au cas où la société se trouverait dissoute par la faillite ou la déconfiture de l'un des membres qui la composent, la masse de la faillite serait formée de tous les biens que possédait le failli au moment où elle a été déclarée, y compris sa part dans l'actif social sur lequel il a un droit de co-propriété. Ainsi, sur cette part, les créanciers sociaux auraient à subir le concours de tous les créanciers, quels qu'ils soient, admis à produire à la faillite, et se trouveraient par là même privés d'une partie du gage sur lequel ils croyaient pouvoir compter exclusivement.

Il y avait donc le plus grand intérêt pour les créanciers sociaux à voir le capital social complètement séparé du patrimoine personnel de chaque associé.

C'est pour réaliser cette séparation que le législateur a reconnu aux sociétés la personnalité morale.

Grâce à elle, les créanciers sociaux ont pour débitrice la société, et pour gage exclusif, en vertu de l'article 2092 du code civil, le patrimoine de leur débitrice, le capital social. Grâce à elle, ils n'ont plus à redouter l'insolvabilité personnelle des associés, les créanciers de ces derniers

n'ont, en effet, pour gage que les biens qui leur appartiennent personnellement.

Du même coup se trouve fortifié et agrandi le crédit des sociétés qui possèdent la personnalité morale : « C'est là une des conséquences les plus importantes de la personnalité des sociétés de commerce, peut-être même est-ce en vue de cette conséquence qu'elle a été admise, cela donne plus de crédit aux sociétés » (1).

92. — L'importance de cette conséquence qui, au dire de Lyon-Caen et Renault, a peut-être été la cause déterminante de l'admission de la personnalité des sociétés de commerce, se fait-elle sentir dans les associations en participation ?

Nous ne le croyons pas et nous argumentons en faveur de cette opinion du caractère occulte de ces sociétés.

Sous peine de ne plus répondre au caractère qui la distingue, l'association en participation doit être inexistante pour les tiers. Le respect de cette condition exige que les associés ne fassent rien qui puisse amener les tiers à avoir connaissance de la société qui existe entre eux et à croire qu'ils ont reçu le pouvoir de traiter en son nom. Ils ne peuvent donc pas, en s'obligeant, obliger la société, ni donner en garantie des dettes qu'ils ont contractées pour son compte, le patrimoine de cette société. Ils ne peuvent agir qu'en leur nom personnel. Les créanciers, pour raison

---

(1) Lyon-Caen et Renault, Manuel de droit commercial, 7e édit. N° 125.

de faits utiles à la société, ne connaissent pas leur qualité de créanciers sociaux ; dans les conventions qu'ils ont pu faire avec l'associé gérant, ce dernier s'est engagé seul et personnellement ; à son égard, ils ne sont que des créanciers personnels et ne peuvent compter sur d'autre garantie que le patrimoine personnel de leur débiteur.

En quoi dès lors, le crédit de cette société pourra-t-il être augmenté par la possession de la personnalité morale ? La considération des avantages qui y sont attachés ne peut entraîner la confiance des tiers que par la révélation qui leur est faite du lien qui unit les associés entre eux, et cette révélation est incompatible avec le caractère occulte de la participation.

Le principal des avantages de la personnalité morale, donner du crédit à une société, est donc inopérant à l'égard de la participation parce qu'il est de son essence de n'avoir pas de rapports avec les tiers.

93. — N'en est-elle pas moins un être juridique comme toute autre société commerciale ?

Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait qu'elle puisse agir ; ce n'est que par ses actes qu'une personne morale peut manifester son existence ; or, pour agir, la société être de raison est obligée de recourir à un intermédiaire, le gérant ou administrateur qui la représente. Mais la nature de la participation s'oppose à ce que le gérant puisse traiter autrement qu'en son propre et privé nom ; cette société, étant totalement dépourvue d'existence à l'égard des tiers,

ne peut acquérir ni droits ni obligations envers eux, par la raison que ce qui n'existe pas ne peut produire d'effets ; pendant sa durée, elle se trouve donc réduite à l'inaction et, comme ne pas pouvoir agir est, au point de vue juridique, synonyme de ne pas exister, nous avons là une nouvelle raison de croire qu'au moins pendant sa durée, l'association en participation n'est pas une personne morale.

94. — On nous dira peut-être qu'en raison de sa nature particulière, la participation possède, pendant sa durée, la personnalité morale, mais à l'état latent et, pour ainsi dire, virtuellement ; de sorte que, dès que la société est dissoute, sa personnalité morale se fait jour et préside aux opérations de sa liquidation. Ainsi, le principe de la nature occulte de la participation se trouve respecté pendant sa durée et après sa dissolution les droits des créanciers sociaux se trouvent sauvegardés ; la séparation des patrimoines s'opère, en effet, à ce moment et, distinguant les biens personnels des associés et le capital social, permet aux créanciers sociaux d'exercer leur droit de préférence sur ce dernier.

Nous ne pouvons accepter cette manière de voir qui semble à première vue réfuter l'argument que nous a fourni contre l'admission de la personnalité de la participation, le caractère occulte de cette société.

Si on reconnaît aux sociétés personnes morales, le privilège de se survivre à elles-mêmes jusqu'après leur liquidation, c'est que les principaux avantages de la personna-

lité n'apparaissent guère qu'après leur dissolution, car c'est généralement à ce moment seulement que les créanciers sociaux ont à exercer leur droit de préférence, ce qu'ils ne pourraient plus faire si les patrimoines s'étaient confondus de nouveau.

Les mêmes raisons n'existent pas en ce qui concerne la participation. Les efforts de ceux qui cherchent à faire triompher le principe de la personnalité de ce genre de sociétés, sont dirigés vers un même but par un même désir : protéger les droits des créanciers sociaux, en affectant spécialement le capital social à la garantie de leurs créances sociales. Mais, peut-on raisonnablement, en cette matière employer les expressions « créanciers sociaux », « créances sociales » ? (1).

Nous avons dit, et nous répétons sans craindre de trop insister, que les participants ne peuvent agir que « chacun en droit soi »; ils ne peuvent prendre à l'égard des tiers, même pour des raisons intéressant la société, que des engagements personnels ; ceux envers qui le gérant s'est obligé ont traité avec lui comme avec un simple particulier, ils ont ignoré sa qualité de gérant ; s'ils ont eu à lui faire crédit, ils ont dû, pour le faire à bon escient, se renseigner sur sa solvabilité et n'ont pu compter sur d'autre gage que la fortune personnelle de leur débiteur ; ce ne sont pas des créanciers sociaux, mais des créanciers personnels du gérant. Pourquoi, dès lors, instituer pour eux un régime

---

(1) Pandectes françaises, N° 276.

spécial de garanties ? Leur situation est en tout semblable à celle des créanciers personnels du gérant pour raison de faits étrangers à la société et ne présente pas un plus grand degré d'intérêt ; ils doivent donc suivre la même condition, et n'avoir pour gage que celui seul sur lequel ils ont été en droit de compter, le patrimoine de leur débiteur.

95. — L'intention du législateur, telle qu'elle résulte de l'article 50 du Code de Commerce, fournit un nouvel et puissant argument à la thèse que nous soutenons.

Nous avons signalé le danger qu'il y aurait eu à laisser se confondre, entre les mains d'un associé, son patrimoine personnel et sa part dans le capital social ; il y a été paré par la création de la personnalité morale.

Il en est un au moins aussi grand qui résulterait, pour les créanciers personnels d'un associé, du caractère occulte d'une société qui serait une personne morale. Ces créanciers n'auraient pas pu connaître le lien de société qui unit leur débiteur à ses coassociés ; ils auraient été amenés à traiter avec lui par le crédit que leur aurait inspiré sa situation de fortune, dans l'appréciation de laquelle, ils n'auraient pu faire entrer en ligne de compte, pour les déduire, les biens dont leur débiteur aurait fait apport à la société.

Mais le crédit que, dans ces conditions, ils auraient cru pouvoir accorder à ce débiteur deviendrait illusoire si ce dernier pouvait, à un moment postérieur, en leur révélant l'existence de la société dont il fait partie, soustraire de

leur gage toute la partie de ses biens qui compose ses apports et dont la société, personne morale, serait devenue propriétaire.

Les créanciers personnels pourraient ainsi se trouver ruinés sans qu'il y ait eu de négligence de leur part, sans qu'il leur eût même été possible de le prévoir.

C'eût été là un abus criant, une situation très dangereuse qu'il était très important de prévenir sous peine de voir disparaître la sécurité des transactions et partant d'en voir arrêter le développement.

Les intérêts des créanciers personnels des associés étaient au moins aussi dignes de considération que ceux des créanciers sociaux ; le législateur l'a compris et a voulu en assurer la protection.

96. — Deux moyens s'offraient à lui d'éviter le danger que nous venons de faire ressortir : porter par la publication les sociétés à la connaissance du public, leur refuser la personnalité morale.

Grâce au premier, les débiteurs personnels des associés ont la possibilité de connaître, avant de contracter, quels sont les biens que leur débiteur a détachés de son patrimoine pour en faire apport à la société ; s'ils ne se sont pas renseignés, ils sont coupables d'imprudence et ne peuvent imputer qu'à eux le préjudice qu'ils peuvent en ressentir.

Le deuxième est plus efficace : le défaut de personnalité morale entraîne, nous le verrons, le défaut de capital séparé. En l'absence d'une personne pouvant être propriétaire de ce capital, les biens qui le composent, c'est-à-dire

les mises des associés, deviendront la co-propriété de ces associés ou, suivant des distinctions dérivant de la nature des sociétés, resteront la propriété de chacun d'eux : dans tous les cas, les créanciers personnels des associés conserveront sur ces apports, le droit de gage sur lequel ils avaient compté en contractant (1).

97. — Le législateur a employé le premier de ces moyens à l'égard des sociétés commerciales anonymes, en nom collectif, en commandite pour lesquelles il a institué des formalités de publicité dont l'inobservation reçoit la rigoureuse sanction de la nullité de la société.

Il n'aurait pu agir de même à l'égard de la participation sans lui faire perdre le caractère occulte qui la distingue, ce qu'il n'a pas voulu, puisque l'article 50 du Code de Commerce porte à leur profit dispense des formalités de publicité exigées pour les autres sociétés ; nous en concluons qu'il a refusé à l'association en participation le caractère de personne morale.

S'il n'en était pas ainsi, l'inégalité de traitement établie par l'article 50 entre la participation et les autres sociétés commerciales n'aurait pas de raison d'être.

Le législateur n'a pas ignoré la situation défectueuse des créanciers personnels des associés dont nous avons signalé les inconvénients, le danger qui en serait résulté lui a même paru considérable, puisque, pour trois des catégories de sociétés commerciales, il y a paré par l'organisation de

---

(1) Thaller, N° 304.

leur publicité ; comment expliquer qu'il n'en ait pas tenu compte pour la quatrième espèce de ces sociétés, l'association en participation ?

Nous ne trouvons qu'une explication logique à donner de la différence créée par l'article 50 : le législateur, ayant les mêmes raisons de sauvegarder dans tous les cas les droits des créanciers personnels des associés, mais étant empêché par la nature occulte de la participation, d'employer à son égard le moyen de la publicité prescrite pour les autres sociétés, a été obligé de recourir au deuxième moyen que nous avons indiqué et a refusé de lui reconnaître le caractère de personne morale.

98. — L'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence à cette opinion, est aujourd'hui et depuis longtemps bien complète. Si quelques auteurs et de rares arrêts ont voulu tirer de ce que la participation est une véritable société la conséquence rigoureuse que, comme les autres sociétés commerciales, elle est une personne morale, l'opinion contraire a bientôt triomphé, partout au moins où le caractère occulte a été regardé comme essentiel à cette société (1).

Quelques-uns se sont cru obligés pour arriver à la conséquence de la non personnalité morale de la participation,

---

(1) Vavasseur, N° 315 ; Delangle, N° 600 et s. ; Alauzet, N° 247 ; Saglier, Rousseau, N° 1772 ; Bruxelles, 27 novembre 1830, S. 31, 2, 64 ; Bordeaux, 6 février, 49, S. 49, 2, 535 ; Rouen, 19 janvier 1844, D. 44, 2, 204 ; Poitiers, 8 décembre 1822, D. 93, 9, 111.

de poser en principe qu'elle n'est pas une véritable société. Nous avons fait justice de leur erreur en établissant l'indépendance qui existe entre les deux idées, société et personne morale ; pour le plus grand nombre (1) le défaut de personnalité découle pour la participation de ce qu'elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers.

Par quelque chemin qu'on arrive à cette conclusion, elle est aujourd'hui universellement admise.

Nous avons posé le principe, voyons maintenant les conséquences.

---

(1) Pont, N° 1802 ; Lyon-Caen et Renault, Tr., N° 1057 ; Arthuys, N° 299 ; Houpin, N° 249 ; Bedarride, N^{os} 434 et s. ; Delamarre et Lepoitvin, N^{os} 103 et s. ; Guillouard, N° 22 ; Poulle, N° 73 ; Boistel, N° 366 ; Thaller, N° 477 ; Pandectes françaises, N^{os} 271, 377 ; Paris, 19 avril 1831, S. 31, 2, 202 ; Aix, 2 mai 1871, S. 71, 2, 261 ; Rennes, 4 mars 1880, D. 81, 2, 212 ; Poitiers, 22 décembre 1887, S. 88, 2, 1 ; Limoges, 2 mars 1892, D. 94, 2, 189 ; Paris, 6 mars 1890, D. 91, 2, 219 ; 8 janvier 1900, D. 02, 2, 105 ; Toulouse, tribunal civil, 30 juin 1905 : D. 06, 5, 8 ; Paris, 27 juin 1905, 9 janvier 1907, D. 08, 2, 393 et la note de M. Lacour sous cet arrêt ; Cass. 2 juin 1834, S. 34, 1, 603. D. 34, 1, 202 ; 19 mars 1838, S. 38, 1, 343, D. 38, 1, 102 ; 5 mai 1858, S. 89, 1, 223 et la note D. 58, 1, 222 ; 13 avril 1864, D. 64, 1, 335, S. 64, 1, 173 ; 19 février 1868, S. 68, 1, 297 ; 22 décembre 1874, S, 75, 1, 214 ; 21 mars 1879, S. : 79, 1, 454 ; 27 juin 1893, S. 94, 1, 25 ; 5 février 1901, S. 02, 1, 435, D. 02, 1, 401 ; 30 décembre 1884, D. 85, 1, 101 ; 7 mai 1902, D. 02, 1, 386 ; Lyon, 7 décembre 1903, J. S. 1905, p. 95.

§ II. — CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE PERSONNALITÉ MORALE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION

99. — Le défaut de personnalité de la participation nous est apparu comme un résultat du principe que cette société n'a pas d'existence à l'égard des tiers. De ce principe découlent de nombreux autres effets, parmi lesquels il en est que nous étudierons ici comme se rattachant plus directement à cette première conséquence ; les autres feront l'objet d'articles spéciaux.

I. — *L'Association en participation ne peut être propriétaire d'un capital social*

100. — La personne juridique se définit parce qu'elle peut être le sujet actif ou passif de droits (1).

La société en participation, qui est dépourvue de personnalité, ne peut avoir ni droits ni obligations et ne peut, par conséquent, être propriétaire d'un capital social (2).

101. — De ce qu'elle est une véritable société, au moins entre les associés, nous conclurons à l'obligation pour ses membres de faire des apports. Nous avons donc à nous demander quelle sera la situation juridique de ces capitaux.

Vont-ils rester la propriété des associés qui les possèdent, passer aux mains de l'administrateur de la société

---

(1) Planiol, op. cit. T. I. N° 362.

(2) Pandectes françaises, N° 274.

ou devenir la co-propriété des associés aux mains desquels ils formeraient un capital commun qui resterait dans l'indivision ?

L'article 48 du Code de Commerce laisse, à cet égard, aux participants la plus entière liberté. La solution de cette question dépendra donc des stipulations de l'acte de société.

102. — Mais, il faut prévoir le cas où le sort des apports ne sera pas réglé par les conventions. Il importe alors de savoir quels en sont les propriétaires.

La solution de cette question intéresse les associés aussi bien que les tiers. Ces derniers, à cause de la nature de la participation, n'ont de rapports qu'avec son gérant et ne connaissent que lui. Quand celui-ci traite avec eux, pour le compte de la société, il devient seul leur créancier, leur débiteur, sans pouvoir engager à leur égard la responsabilité de ses co-associés ; c'est son patrimoine qui est affecté à la garantie des dettes qu'il contracte pour la société envers les tiers, ceux-ci voient leur droit de gage subir les fluctuations de ce capital et ne peuvent par conséquent être indifférents à sa composition. Or, le patrimoine du gérant variera suivant la situation juridique qui sera reconnue aux apports des associés, sa composition ne sera évidemment pas la même suivant que nous reconnaîtrons au gérant un droit de propriété sur les apports ou que nous déclarerons que les associés conservent la propriété de leurs mises.

Quant aux associés, la restitution de leurs apports leur sera mieux garantie par un droit de propriété que par un simple droit de créance contre le gérant ; la faillite ou la déconfiture de ce dernier, ou plus généralement, son insolvabilité pourraient en effet rendre ce droit à peu près illusoire.

103. — La personnalité morale est, avons-nous dit, une création du législateur ; il peut donc en disposer et par conséquent la refuser à une société avec la nature de laquelle elle ne serait d'ailleurs pas incompatible. Dans ce cas, le défaut de personnalité entraîne pour la société cette conséquence généralement admise que, le capital formé par les apports, ne pouvant être la propriété de la société, fait l'objet d'un droit de co-propriété au profit de tous les associés.

104. — Il n'en saurait être ainsi pour la participation à qui, selon nous, le législateur ne pouvait pas accorder la personnalité morale parce qu'elle est contraire à son caractère occulte.

Cette société ne produit d'effets qu'entre ses membres. Le but des individus qui la forment est de partager les bénéfices ou les pertes résultant des opérations faites par eux ou le gérant pour le compte de la société ; pour atteindre ce but, ils doivent se servir des apports qu'ils feront fructifier en en affectant l'usage à l'objet de la société, mais pour cela, il n'est pas besoin de supposer qu'ils les ont réunis en un capital commun dont la raison d'être se trouve dans les relations extérieures qui font complètement dé-

faut à la participation. Les participants, en effet, ne peuvent agir qu'individuellement, et la société ne peut se manifester par l'action commune de tous ses membres représentés par l'un d'eux. Qu'est-il besoin dès lors de présumer l'existence entre eux d'un droit de co-propriété sur les biens qu'ils ont apportés ? Ces associés ne sont à l'égard des tiers que de simples particuliers, devant agir comme tels ; puisque leur action est individuelle, il est bien plus logique d'admettre que leurs capitaux gardent aussi leur individualité et restent la propriété de ceux qui doivent en faire l'apport.

L'obligation d'apport se traduit alors pour les associés par un simple droit de créance donné à chacun contre les autres ; chacun des associés contracte envers les autres et en vertu du contrat de société qui les unit, l'obligation de leur tenir compte de son apport, mais, en l'absence de conventions contraires, il en conserve la propriété (1).

105. — Les mêmes raisons nous conduisent à la même solution à l'égard des choses que chaque associé achète en

---

(1) Pandectes françaises, N° 77.

Paris, 22 décembre 1865, D. 66, 2, 23 ; Dijon, 11 février 1874, D. 75, 2, 55 ; Poitiers, 22 décembre 1877, S. 88, 2, 1 ; Cass. 22 décembre 1874, D. 76, 1, 73, S. 75, 1, 214 ; 8 juillet 1879, S. 81, 1, 317 ; 10 décembre 1895, S. 99, 1, 518 ; 5 février 1901, S. 02, 1, 405 ; Tribunal commerce, Seine, 11 décembre 1901, J. S. 02, p. 370 ; 7 mai 1902, S. 02, 1, 504, D. 02, 1, 286 ; Cass. 13 août 1864, S. 64, 1, 173 ; 13 novembre 1872, S. 73, 1, 41 ; 17 juillet 1861, D. 62, 1, 118 ; 22 août 1865, D. 65, 1, 333 ; 30 décembre 1884, D. 85, 1, 101 ; Douai, 11 novembre 97, D. 99, 2, 85, Rousseau, N° 1795 ; Poulle, N° 67 ; Bédarride, N° 446 ; Lyon-Caen et Renault, N° 1059 ; Houpin, N° 256 ; Arthuys, N° 305 ; Thaller, N° 479.

son nom pendant le cours et pour le compte de la société et qui deviennent sa propriété sans que, en l'absence de conventions contraires, s'établisse sur ces choses un droit de co-propriété au profit de ses co-associés. Et nous n'avons pas à nous occuper ici de l'origine des deniers qui ont servi à l'achat.

Par le fait même que l'associé a acheté les marchandises en son nom, il a acquis et conserve sur elles un droit de propriété exclusif (1) qui lui permettra de les suivre, tant qu'elles ne seront pas vendues ou données, en quelques mains qu'elles passent. S'il les a achetées en son nom avec des deniers fournis par l'un de ses co-associés, celui-ci acquerra contre lui un droit de créance, mais n'aura aucun droit de propriété sur ces marchandises.

106. — Ces principes reçoivent toute leur application dans les rapports des associés entre eux.

A l'égard des tiers une distinction s'impose : s'agit-il de choses immobilières ? celui des associés qui les a apportées ou achetées en son nom en conserve la propriété, tant qu'un acte de mutation, dûment transcrit au bureau des hypothèques, ne l'a pas fait passer aux mains d'un autre, le gérant, par exemple ; quant aux choses mobilières, le gérant est réputé propriétaire de toutes celles dont il a la possession en vertu de la règle posée par l'alinéa 1 de l'article 2279 du Code civil : « En fait de meubles, la posses-

(1) Cass. 23 février 64, D. 641, 137 ; 22 août 1865, D. 65, 1, 333 ; 27 juin 1893, D. 93, 1, 488.

sion vaut titre », pourvu toutefois qu'il les possède autrement que comme simple détenteur et à titre précaire. Cette restriction empêche, par exemple, le gérant d'être considéré comme propriétaire des marchandises qui lui ont été remises par un associé pour qu'il les vende, et qu'il ne détient qu'à titre de commissionnaire, la propriété en appartient au commettant (1) ; de même, l'associé qui envoie des marchandises à son co-associé pour que ce dernier les façonne et les lui renvoie, en demeure propriétaire.

En pratique, le gérant est propriétaire aux yeux des tiers d'une grande partie des apports mobiliers qui lui ont été remis par les associés pour lui faciliter l'accomplissement de la mission qu'ils lui ont confiée d'administrer la chose sociale.

107. — Le principe que chaque associé conserve la propriété de son apport et des choses qu'il a achetées pour le compte de la société, entraîne des conséquences importantes.

Le droit de propriété est, en effet, le droit le plus absolu qu'une personne puisse avoir sur une chose. Il suppose chez celui qui le possède, les droits les plus complets d'administration et de disposition que nous devons reconnaître au participant sur ses apports et les marchandises ou autres biens qu'il a acquis, en son nom, pour le compte de la société.

---

(1) Cass. 2 février 1901, J. S. 1902, p. 114.

La jurisprudence en a fait de nombreuses applications, dont nous ne citerons que les principales.

108. — C'est ainsi que le participant propriétaire a le droit d'aliéner ses biens et, par suite, de les donner en gage. Si, à cause de l'aliénation, il ne se trouve plus en mesure d'exécuter l'obligation, qu'il a contractée, de verser son apport, il sera tenu à la réparation du dommage qu'il fait subir à ses co-asociés, mais l'aliénation n'en sera pas moins valable sous quelque forme qu'elle se présente.

109. — Le droit de propriété donne encore au participant l'action en revendication qui lui permettra de recouvrer la possession de son apport ou des choses achetées, lorsqu'il en aura été privé.

C'est grâce à cette action, par exemple, qu'il pourra distraire de la masse de la faillite de son associé les biens dont il a conservé la propriété et qui se trouvent dans les mains du failli pour l'administration de la société (1).

Cette action en revendication est le principal apanage du droit de propriété, mais elle n'est attachée qu'à lui seul, c'est pourquoi les associés ne pourraient pas l'exercer pour détourner de la masse de la faillite de leur co-associé, ses apports et les choses qu'il a achetées et dont il est seul

---

(1) Cass. 7 août 1838, S. 38, 1, 694, D. 38, 1, 316 ; 13 avril 1864, S. 64, 1, 173, D. 64, 1, 305 ; Nancy, 5 juin 1869, D. 72, 2, 115 ; Cass. 14 mai 1873, S. 73, 1, 374 ; 23 février 1864, D. 64, 1, 135 ; Paris, 8 août 1870, D. 71, 2, 27 ; Aix, 2 mai 71, D. 72, 2, 165.

propriétaire. Leur droit se borne, dans ce cas, à une créance contre le failli pour l'exercice de laquelle ils devront subir le concours de ses autres créanciers (1).

Par contre, le syndic de la faillite d'un associé pourra agir par la revendication pour obtenir que les apports du failli et les choses achetées par lui soient compris dans la masse, lorsque ces biens seront aux mains d'un autre associé qui n'en a pas acquis la propriété.

110. — L'application brutale de la règle « *Res perit domino* » nous conduirait à décider que la perte de l'apport ou des choses achetées reste entièrement à la charge de l'associé propriétaire. Cette solution paraît généralement trop dure, aussi trouve-t-on préférable de faire une distinction. La perte est-elle due à la faute du propriétaire ou à un événement étranger aux risques ordinaires de l'opération poursuivie par la société, la règle s'applique dans toute sa rigueur. Cette perte provient-elle au contraire des risques inséparables des opérations indispensables pour atteindre le but de la société, elle peut être alors considérée comme sociale et, en vertu du principe de la contribution aux pertes, les associés doivent y participer chacun pour sa part et portion (2).

111. — Enfin, au cas où, au moment de la reddition des comptes qui tient lieu de liquidation à l'association en par-

---

(1) Paris, 24 mars 1870. D. 70, 2, 180 ; Cass. 27 juin 1893, D. 93, 1, 488, S. 94, 1, 25.

(2) Art. 1852, 1855, C. civ. ; Alauzet, I, p. 583 ; Molinier, N° 608 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit. N° 520, N° 1061.

ticipation un associé recevrait en représentation de ses droits l'apport de son co-associé ou les choses achetées par lui, l'enregistrement serait en droit de percevoir le droit de mutation ; le principe de l'effet déclaratif du partage ne peut recevoir ici son application, puisqu'il n'y a pas eu indivision entre les associés.

112. — Ces conséquences ne se produisent telles que nous les avons indiquées que dans le cas où les apports ou les choses achetées restent la propriété de chaque associé, parce qu'il en a été ainsi convenu ou parce qu'il n'y a pas eu de conventions à ce sujet.

Les solutions seront différentes au cas où les associés auront convenu, comme ils en ont la faculté (1), que la propriété des apports et des choses achetées, appartiendra au gérant de la société ou que chacun d'eux acquerra sur la masse commune de ces biens un droit de co-propriété ; ces solutions seront dictées dans chaque cas par l'application des règles générales, nous n'avons pas à la faire ici.

II. — *Les participants inactifs n'ont ni action directe ni action solidaire contre les tiers et réciproquement*

113. — Les affaires de l'association en participation peuvent être conduites par chacun des associés agissant individuellement et comme de simples particuliers, tenus seulement de se rendre mutuellement compte des opérations

(1) Art 48. C. com.

qu'ils ont faites pour le compte de la société. Mais, la plupart du temps, ces associés s'affranchissent du souci de l'administration de la chose commune pour en confier le soin à un ou plusieurs gérants chargés par eux de la mener à bonne fin.

Au cas où tous les associés prennent part à la gestion de l'affaire commune, chacun d'eux agit à l'égard des tiers comme s'il était seul, il ne prend d'engagements qu'en son propre nom ; et lorsque le temps et les opérations pour lesquels l'association a été constituée sont terminés, ses membres doivent se tenir compte de toutes les opérations qu'ils ont faites pour elle et partager les bénéfices ou les pertes qui ont pu en résulter. Aux yeux des tiers, chaque associé n'a agi qu'en son nom et n'a pu engager que sa propre responsabilité.

115. — Au cas où l'affaire sociale est conduite et administrée par un ou plusieurs gérants désignés par les associés, quelle est au point de vue juridique la situation de ces gérants ?

Dans leurs rapports avec les associés, ils peuvent être considérés comme leurs mandataires, et, suivant les règles du mandat, cette qualité leur impose deux obligations principales, celle de remplir fidèlement leur mission et celle d'en rendre compte.

Il n'en peut être de même à l'égard des tiers.

Nous laissons de côté le cas où le gérant agit en vertu de mandats que lui ont donnés chacun des co-participants, car ce sont les règles ordinaires du mandat qui s'appli-

quent, et ce n'est plus en qualité d'associés que ceux-ci peuvent être tenus au regard des tiers, mais en leur qualité de mandants.

Le gérant ne peut être considéré comme le mandataire de la participation. Cette société, dépourvue de personnalité, ne peut être partie dans un acte juridique et ne peut, par conséquent, constituer un mandataire. Ce dernier recevrait d'ailleurs d'elle plus de droits qu'elle n'en aurait, puisqu'elle n'en peut posséder, ceci est absolument contraire aux principes admis en matière de représentation et à la maxime souvent usitée « *Nemo dat quod non habet* ». Enfin, tout mandant prend à l'égard de son mandataire des obligations, celle de l'indemniser des frais occasionnés par le mandat et de lui payer, s'il y a lieu, son salaire, par exemple, la participation ne peut le faire puisqu'elle ne peut avoir d'obligations.

Dans l'impossibilté d'être le mandataire, le représentant de la participation, son gérant ne peut agir à l'égard des tiers qu'en son propre et privé nom, il ne pourrait, d'ailleurs, contracter « nomine sociali » qu'en révélant aux tiers l'existence de sa mandante, son caractère occulte s'y oppose.

Dans toutes les opérations qu'il fera avec les tiers et pour le compte de la participation, le gérant se trouvera seul obligé sans qu'il lui soit possible d'engager, en même temps que la sienne, la responsabilité des associés.

116. — En conséquence, les tiers n'auront d'action directe que contre le gérant avec lequel ils ont contracté, et

ne pourront atteindre par une semblable action les associés qui n'ont pas été parties au contrat, bien que ceux-ci soient appelés à profiter des bénéfices de l'opération, dont ils sont créanciers pour une certaine partie.

C'est là une solution généralement admise par la doctrine moderne (1) et enseignée, l'historique nous l'a montré, par les auteurs anciens italiens et français. La jurisprudence en a fait de nombreuses applications (2). Elle n'a d'ailleurs rien que de très équitable.

Remarquons d'abord que l'action directe donnée aux tiers contre les participants inactifs ne présente d'intérêt que si ces tiers ont à se couvrir de l'insolvabilité de leur débiteur, le gérant ; si ce dernier, en effet, est solvable, leur action contre lui doit être suffisante.

Or, les tiers qui ont traité avec le gérant et qui se trouvent aujourd'hui victimes de son insolvabilité, ne peuvent en rendre les associés responsables. Ne connaissant pas le lien qui unissait le gérant à ses co-associés, ils ne pouvaient compter, au moment du contrat, sur la garantie du patrimoine de ces derniers qui sont restés totalement étrangers

---

(1) Pont, N° 1792 ; Rousseau, N° 1821 ; Delangle, N° 603 ; Poulle, N° 234 et s. ; Bédarride, N° 441 et s. ; Varassan, N° 322 ; Lyon-Caen et Renault, N° 1062 ; Boistel, N° 371 ; Deloison, N° 565 ; Thaller, N° 477, 4° ; Houpin, N°s 269 et 270 ; Arthuys, N° 305.

(2) Bordeaux, 13 avril 1848, D. 48, 2, 162 ; Cass. 26 août 79, S. 79, 1, 435 ; Rennes, 4 mars 1880, D. 81, 2, 212 et la note ; Cass. 27 février 1877, D. 77, 1, 209 ; 27 février 1883, D. 84, 1, 20, 22 février 1886, D. 86, 1, 404 ; 31 juillet 1893, D. 94, 1, 261 ; Toulouse, tribunal civil, 30 juin 1905, D. 06, 5, 5.

à ce contrat. S'ils ont cru pouvoir faire crédit à leur débiteur, c'est que sa situation de fortune leur a paru prospère, s'il n'en était pas ainsi, ils sont coupables de ne s'être pas suffisamment renseignés ; si la cause de l'insolvabilité dont ils souffrent, est postérieure à leur traité, ils ont eu le tort de ne pas se faire consentir des garanties spéciales suffisantes.

En tout cas, leur situation n'est pas plus intéressante que celle de tous les créanciers personnels du gérant.

Celui des associés à qui ils essaieraient d'intenter une action directe en paiement des créances qu'ils ont contre le gérant, serait en droit de leur opposer la règle « *Res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest* », car ils sont des tiers par rapport aux conventions que les associés ont faites entre eux.

117. — A bien plus forte raison, doit-on décider que les associés ne sont pas solidairement responsables des engagements pris par le gérant. L'action solidaire est, en effet, un complément de protection et suppose toujours chez ceux à qui elle est accordée la possession de l'action directe contre ceux qu'ils peuvent poursuivre solidairement.

Le défaut d'action directe entraîne donc par « *a fortiori* » le défaut d'action solidaire, c'est ce qui nous la fait refuser aux créanciers du gérant contre les participants inactifs.

118. — Est-ce à dire que les associés en participation ne seront jamais solidairement responsables des engagements pris par leur gérant ? Nullement. Les associés peuvent être solidairement tenus d'une même dette, d'abord lorsqu'ils

ont donné au gérant le mandat de contracter pour eux, c'est alors du mandat que résulte la solidarité et non de la participation qui a existé entre eux ; ensuite, lorsqu'ils ont donné au gérant le mandat de contracter pour eux, c'est alors du mandat que résulte la solidarité et non de la participation qui a existé entre eux ; ensuite, lorsqu'ils se sont tous obligés collectivement envers le créancier du gérant, la solidarité est alors une conséquence, non pas de leur qualité d'associés, mais de la règle généralement admise en matière de commerce, que les commerçants contractant ensemble, sont solidairement responsables de leurs engagements (1).

Enfin, lorsque, par leurs agissements, les participants ont amené les tiers à croire qu'il existait entre eux une société de la nature de celles qui entraînent la responsabilité de leurs membres, ils sont tenus solidairement de la dette qui leur a été consentie grâce à cette erreur, mais ce n'est pas en vertu de la participation, que ces agissements ont privée de son caractère essentiel, mais à cause de leur faute et de la société de fait qui a existé entre eux (2).

119. — Pardessus pense (3) que les associés peuvent être solidairement tenus d'un engagement pris par l'un seul

---

(1) Nancy, 3 février 1848, D. 48, 1, 183 ; Metz, 29 novembre 1854, D. 55, 2, 135 ; Aix, 4 juin 1868, D. 69, 2, 242 ; Poitiers, 6 avril 1870, D. 70, 2, 192 ; Cass. 3 décembre 1890, D. 91, 1, 117.

(2) Cass. 30 mars 1885, D. 86, 1, 110 ; 27 juin 1893, D. 93, 1, 488.

(3) Pardessus, N° 1049.

d'entre eux, lorsqu'il est prouvé que cet engagement a été pris pour leur compte et a profité à l'affaire qu'ils faisaient en commun.

Nous ne pouvons admettre cette théorie qui va à l'encontre des principes admis en matière de participation. Cette société est sans existence à l'égard des tiers, ceux-ci ne peuvent donc s'en prévaloir pour lui faire produire des effets. Si la solidarité est admise entre les membres d'une société en nom collectif, à raison des engagements contractés par le gérant, c'est que celui-ci a le pouvoir d'agir sous la raison sociale au nom de tous ses associés, mais ce n'est pas parce que l'opération a profité à l'affaire commune ; et, en effet, ces associés ne sont pas responsables solidairement des obligations souscrites par le gérant en son nom personnel et sans qu'il se soit servi de la raison sociale, alors même qu'il serait prouvé que « les fonds ont tourné au profit de la société » (1). Ce qui est vrai pour la société en nom collectif, doit l'être aussi pour la participation. Cette théorie ne trouve d'ailleurs plus de défenseurs aujourd'hui.

120. — A défaut d'action directe contre les co-participants de l'associé avec lequel ils ont traité, les tiers n'ont-ils aucun moyen de se soustraire, au moins en partie, aux conséquences de l'insolvabilité de leur débiteur ?

Ils peuvent se retourner contre les associés de ce dernier en employant l'action oblique que l'article 1166 du Code

---

(1) Delangle, N° 604.

civil donne à tous créanciers pour exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à leur personne.

Par ce moyen, ils pourront atténuer le dommage qui leur est causé par l'insolvabilité de leur débiteur ; ils intenteront aux associés l'action que ce dernier possédait contre eux pour les obliger à contribuer, pour la part qu'ils ont assumée dans la société, aux pertes qu'ils doivent tous subir (1).

Mais ils ne pourraient pas se servir de cette action pour exercer les droits ou actions qui sont exclusivement attachés à la personne des associés. Cette restriction s'oppose, par exemple, à ce qu'ils puissent exiger chaque année la reddition des comptes, car cette obligation, les associés ne l'ont contractée que les uns à l'égard des autres, elle dérive de la société qui est toujours contractée « intuitu personæ ». L'intrusion des créanciers du gérant dans le contrôle du fonctionnement de l'association en participation est, d'ailleurs, parfaitement incompatible avec la nature de cette dernière.

121. — Parce que le gérant de l'association en participation ne peut pas contracter « nomine sociali », mais seulement en son nom personnel, il est le seul à pouvoir, par une action directe, poursuivre l'exécution des obligations que les tiers ont prises envers lui seul, dans les traités qu'il a passés avec eux pour le compte de la société.

---

(1) Cass. V. la note s. Cass. 12 janvier 1881, D. 81, 1, 248.

Les associés ont intérêt à ce que ces obligations soient exécutées complètement et sans retard, ou au moins à ce que leur inexécution soit sanctionnée par des dommages-intérêts moratoires ou compensatoires suivant le cas ; mais, comme ils n'ont pas été parties aux contrats qui ont donné naissance à ces obligations, ils ne peuvent en obtenir l'exécution par une action directe.

Ils pourront exercer l'action oblique de l'article 1166, car ils sont créanciers du gérant auquel ils sont en droit de demander des comptes et leur part du profit qui a pu résulter des traites passées par lui avec les tiers.

III. — *L'Association ne peut être mise en faillite ni en liquidation judiciaire. — Elle se termine non par une liquidation, mais par un compte de profits et pertes.*

122. — Parce qu'elle n'est pas une personne morale susceptible d'être le sujet actif ou passif de droits, la participation ne peut pas être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire. On ne peut parler en cette matière que des faillites ou des liquidations individuelles des associés, qui se règlent sans se confondre comme s'il s'agissait de celles de commerçants isolés et non associés.

123. — C'est pour la même raison qu'après la dissolution de la participation, il n'y a pas lieu à une liquidation proprement dite mais à un simple compte de profits et pertes entre les associés.

Les sociétés personnes morales se survivent à elles-mêmes après leur dissolution, et le liquidateur peut être con-

sidéré comme leur représentant, chargé de mettre au net leur situation en établissant leur actif, déduction faite du passif qu'il doit acquitter, et en répartissant les bénéfices ou les pertes entre les associés.

La participation n'a pas été une personne morale pendant sa durée, elle ne saurait le devenir après sa dissolution. Les participants ont bien la faculté de remettre aux mains d'un étranger le soin d'établir le compte qu'ils se doivent réciproquement ; mais celui-ci doit être considéré comme un arbitre choisi par les parties désireuses de s'en rapporter à sa décision dans les difficultés qui pourraient surgir entre elles, et non pas comme un véritable liquidateur car la participation ne peut avoir de représentant. Il en résulte que les créanciers, avec lesquels le gérant a traité pour le compte de la participation, ne pourront demander le remboursement de leurs créances, au tiers chargé d'établir les droits des associés, à moins que ce dernier ait reçu de chacun des associés le mandat d'acquitter la part qui lui incombe dans le passif ; ces créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution des obligations consenties à leur profit que contre l'associé qui est leur débiteur et qui est seul tenu directement à leur égard.

De même, le tiers, chargé par les associés du règlement de leurs comptes, ne serait pas admis à poursuivre au nom de la société, comme le ferait un véritable liquidateur, les débiteurs des associés pour les contraindre à l'exécution de leurs obligations ; ceux-ci n'en sont redevables qu'envers l'associé avec lequel ils ont contracté.

IV. — *La Participation ne peut pas ester en justice*

La personnalité juridique donne aux sociétés qui la possèdent le pouvoir d'ester en justice, en vertu duquel elles figurent en nom dans toutes les instances engagées par elles ou contre elles, sans qu'il soit besoin de désigner les associés qui les composent. C'est en leur nom que leurs gérants ont acquis des droits et contracté des obligations, c'est aussi en leur nom ou contre elles que doivent être poursuivis l'exercice de ces droits ou l'exécution de ces obligations.

Aussi, dans tous les actes des procédures qui sont engagées pour elles par leurs gérants ou liquidateurs, elles doivent figurer sous leur nom social avec indication de leur domicile social et de même c'est à leur nom et à leur domicile que doivent être faites toutes les significations d'actes de leurs adversaires.

La participation n'étant pas une personne morale n'a pas de droits dont elle puisse réclamer l'exercice en justice ni d'obligations dont on puisse poursuivre contre elle l'exécution. C'est la raison pour laquelle elle ne peut ester en justice.

Ses membres n'ont pu figurer dans les contrats passés avec les tiers qu'en leur propre nom ; ils sont seuls tenus des obligations qu'ils ont souscrites pour le compte de la société et les tiers ne sont tenus qu'envers celui d'entre eux avec lequel ils ont contracté. Ils doivent donc figurer

en nom dans tous les procès intentés par eux ou contre eux à raison des traités passés par eux pour le compte de la société.

V. — *La compensation s'opère entre les créances personnelles du gérant et les dettes qu'il a contractées pour le compte de la société, et inversement.*

125. — Dans les sociétés pourvues de l'être juridique, la compensation est impossible entre une créance sociale et une dette personnelle de l'un des associés, parce qu'il manque une des conditions indispensables à cette opération : la réciprocité d'obligations. Ce qui y fait obstacle, c'est la présence de la personne morale qu'est la société. Ce n'est pas la même personne qui est créancière et débitrice ; la société créancière a une personnalité distincte de celle de l'associé débiteur ; la créance et la dette ne se rencontrent pas dans les mêmes mains et ne peuvent par conséquent se compenser.

Il n'en est pas de même dans la participation. Le gérant qui contracte une dette envers un tiers, pour le compte de la société, et qui se trouve être créancier de ce même tiers, pour une raison qui lui est personnelle, voit la compensation s'opérer entre ses mains. La participation n'ayant pas d'existence à l'égard des tiers, les dettes que le gérant contracte ou les créances qu'il acquiert pour le compte de la société lui sont personnelles. L'individualité de la société se confond à l'extérieur avec la

sienne propre ; il incarne, pour ainsi dire, dans sa personne, il personnifie la société ; il n'y a pour tous les tiers aucune distinction entre lui-même et la participation qu'il représente ; les créances ou dettes, qu'elles soient sociales ou personnelles au gérant, n'appartiennent pas à deux personnes différentes, elles se trouvent réunies dans les mêmes mains et, dès lors, conformément aux articles 1289 et suivants du Code civil, elles se compensent entre elles jusqu'à concurrence de la plus faible.

VI. — *L'article 529 du Code civil n'est pas applicable à la participation*

126. — Aux termes de l'article 529 du Code civil, alinéa 1 : « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les Compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux Compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

Dans les sociétés personnes morales, les apports des associés forment un capital social dont la société est propriétaire et que viennent grossir les acquisitions faites pour son compte au cours de son fonctionnement. Les associés en ont abandonné complètement la propriété et n'ont conservé qu'un droit de créance contre la société

leur débitrice pour être admis au partage des bénéfices provenant des opérations sociales.

Dans la participation, au contraire, les associés n'ont pu transmettre la propriété de leurs apports à la société qui n'a pas de personnalité ; nous en avons conclu qu'ils doivent être présumés avoir conservé cette propriété ; leur droit, comme tout droit réel, sera donc mobilier ou immobilier suivant le caractère de la chose à laquelle il s'appliquera.

VII. — *L'Association en participation ne peut émettre de titres négociables*

127. — La question s'est posée de savoir si la participation peut, sans perdre son caractère, émettre des actions, des parts bénéficiaires, ou en général des titres négociables représentatifs de parts dans les bénéfices de la société.

Pour y répondre il nous semble nécessaire de diviser la question.

128. — Et d'abord la participation peut-elle émettre des actions ? Bien que quelques auteurs (1) aient répondu par l'affirmation on admet généralement que la nature de l'action est incompatible avec celle de la participation. La définition que l'article 34 alinéa 1 du Code de com-

---

(1) Poulle N^{os} 313 et 314 ; Vavasseur N° 315 ; Wahl, note sous S. 1903, 2, 185 ; 1907, 2, 153.

merce (1) donne de l'action, laisse entendre qu'elle est une fraction du capital social ; mais, avons-nous dit, l'idée de capital social est absolument incompatible avec celle de participation, à tel point que les tribunaux refusent le caractère de participation à toutes les sociétés qui sont constituées avec un capital social. Cette raison nous semble suffisante pour nous permettre d'affirmer que la participation ne peut pas se constituer par actions (2).

129. — Peut-elle émettre des titres négociables autres que des actions, des parts bénéficiaires ou de fondateurs, ou des obligations, par exemple ? Nous ne le croyons pas davantage et la raison en est que l'émission de ces titres oblige la société à prendre des engagements envers leurs porteurs, ce que ne peut pas faire l'Association en participation qui, parce qu'elle n'est pas une personne morale, ne peut avoir ni droits ni obligations.

Ces émissions pour être valables devraient être faites par le gérant seul et en son nom personnel, mais sous cette forme elles ne présenteraient plus d'intérêt.

130. — La jurisprudence s'est récemment prononcée, contre la possibilité pour la participation d'émettre des titres négociables, dans deux espèces.

---

(1) « Le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale ».

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 11 décembre 1901, J. S. 1902, p. 370.

Dans la première (1) il s'agissait de véritables actions cachées sous le nom de parts bénéficiaires et la société était une commandite faussement qualifiée de participation, et par conséquent nulle pour défaut d'accomplissement des formalités exigées pour la constitution de cette sorte de société.

Dans la deuxième espèce (2), l'émission de titres négociables fut reconnue comme impossible à cause du défaut de personnalité juridique de la participation, parce que, dans le cas qui se présentait, les circonstances qui avaient accompagné cette émission étaient en contradiction avec la nature occulte de la participation. Cette forme de société avait été choisie, de préférence aux autres, pour permettre aux associés de ne pas obéir aux dispositions impératives des articles 13 et 14 de la loi du 24 juillet 1867.

Mais, bien que, dans ces deux espèces, les juges se soient laissé guider par des considérations de fait, nous pensons avec M. Lacour que théoriquement la faculté d'émettre des titres négociables ne peut être reconnue à la participation (3). Le défaut de personnalité (4) empê-

---

(1) Paris, 8 janvier 1900, D. 02, 2, 105 ; J. S. 1900, p. 401 et la note. V. la note de M. Lacour sous cet arrêt.

(2) Paris 9 janvier 1907, D. 08, 2, 393. V. aussi la note de M. G. Lacour sous cet arrêt.

(3) Houpin, op. cit. Tome I, N° 280 ; Delangle, N° 615 ; Arthuys, N° 306 et la note.

(4) Paris, 9e chambre, 27 juin 1905, J. S. 1906, p. 210.

che cette association de prendre, à l'égard des porteurs de ces titres, les engagements que comporte le droit de créance qu'ils leur confèrent contre elle, et d'ailleurs la négociation de ces titres révèle fatalement et d'une façon officielle l'existence de la société qui en est débitrice aux tiers qui les acquièrent, ceci est contraire au caractère occulte de la participation.

SECTION II

Autres conséquences du caractère occulte de l'Association en participation

I. — *La participation ne peut avoir de raison sociale*

131. — La raison sociale est à l'égard des personnes morales ce que le nom est à l'égard des êtres réels ; *la forme obligatoire de leur désignation* (1).

Le nom suppose nécessairement l'existence d'une personne qui en use, la participation ne saurait en avoir puisqu'elle n'a pas de personnalité.

De plus, la raison sociale porte à la connaissance des tiers la société qu'elle désigne et qui grâce à elle peut comparaître dans les actes juridiques ; son emploi ferait perdre à la participation son caractère occulte et c'est pourquoi la société qui agit sous une raison sociale se voit refuser le caractère de participation et doit être rangée dans une autre catégorie de sociétés (2).

---

(1) Planiol, op. cit. T. I., N° 398.

(2) Poulle, N° 69 ; Houpin, N° 248 ; Arthuys, N° 300 ; Lyon-Caen et Renault, T. II, 2e partie, N° 1062 bis ; Pont, N° 1793 ; Molinier, N° 525 ; Vavasseur, N° 315 Bédarride, N° 434 ; Thaller, N° 477, 4°.

La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ce principe (1).

II. — *L'Association en participation ne peut avoir de domicile social*

132. — Comme toutes les personnes, les sociétés qui sont des êtres juridiques ont un domicile ; on appelle ainsi le lieu où se concentrent tous leurs intérêts et où elles sont censées résider.

Le défaut de personnalité morale et par conséquent d'individualité distincte de celles de ses membres empêche la participation d'avoir un domicile séparé, parce que ses intérêts et sa résidence se confondent avec ceux des associés qui la composent ou plutôt qui l'administrent.

Le domicile social proprement dit produit d'ailleurs à l'égard des tiers des effets qui sont incompatibles avec le caractère occulte de la participation. L'un des principaux avantages de la possession d'un domicile est de permettre aux tiers d'y adresser les communications qu'ils ont à faire à la société, c'est en d'autres termes le lieu où les

---

(1) Cass. 2 juin 1834, S. 34, 1, 603 ; Paris, 9 mars 1843, S. 43, 2, 273 ; Cass. 29 juillet 1863, D. 64, 1, 27 ; Paris, 27 janvier 1876, S. 80, 2, 11 ; Chambéry, 11 février 1880, S. 81, 2, 237 ; Rennes, 4 mars 1880, D. 81, 2, 212 ; Paris, 22 décembre 1887, S. 88, 2, 1 ; Poitiers, 8 décembre 1892, D. 93, 2, 111 ; Cass. 28 novembre 1904, D. 06, 1, 109 ; 28 mars 1908, J. S. 1908, p. 352.

tiers peuvent prendre contact avec la société pour le règlement des rapports qu'ils ont avec elle.

La création d'un domicile attribue compétence au tribunal de ce lieu pour les procès que la société peut avoir avec le tiers ; c'est encore au tribunal de ce lieu qu'il appartient de prononcer la faillite ou la liquidation judiciaire de la société ; celle-ci a la nationalité du pays où se trouve son domicile.

Ces conséquences ne peuvent se rencontrer dans l'association en participation qui n'a pas d'existence à l'égard des tiers, aussi la présence dans une société d'un domicile social qui les produirait devrait lui faire refuser le caractère de participation (1).

133. — Mais le domicile social produit d'autres effets qui ne sont pas contraires au caractère occulte de la participation. C'est ainsi que le tribunal du siège social a compétence pour connaître des contestations qui interviennent entre les associés, au sujet de la société. Les participants peuvent, sans altérer l'essence de leur association, convenir d'un lieu déterminé devant le tribunal duquel leurs contestations seront toutes réglées ; l'élection de ce domicile ne produit d'effets qu'entre les associés, aussi ne peut-on le qualifier de domicile social proprement dit, et la jurisprudence valide la convention qui a pour but de le créer (2).

---

(1) Arthuys, N° 301 ; Pont, N° 1793 ; Lyon-Caen et Renault, N° 1062 bis ; Houpin, N° 248 ; Poulle, N° 69 ; Bédarride, N° 468.

(2) Cass. 16 août 1865, D. 66, 1, 200 ; 6 mars 1877, D. 77, 1, 404 ; Bordeaux, 27 mars 1887, D. 88, 2, 228 ; Cass. 16 juillet 1901, S. 03, 1, 236.

III. — *L'Association en participation est dispensée des formalités de publicité*

134. — C'est enfin en conséquence de l'inexistence de la participation à l'égard des tiers que le Code de commerce, dans son article 50, l'a dispensée des formalités de publicité exigées pour les autres sociétés. Puisqu'il est de l'essence de cette société de ne pas produire d'effets à l'égard des tiers, il était bien inutile d'en porter l'existence à leur connaissance.

SECTION III

Conséquences pour une Association en participation de la perte de son caractère occulte

135. — Résumons les effets du caractère occulte de la participation. Elle est totalement inexistante à l'égard des tiers, et, sous ce nom, il faut comprendre toutes les personnes qui n'ont pas été parties au contrat de société. Les tiers ne peuvent donc ni profiter ni souffrir de l'existence de cette société. Leurs rapports avec les associés ne peuvent être autres que ceux qu'ils auraient avec de simples particuliers non associés.

L'Association en participation ne produit ces effets qu'autant qu'elle possède et conserve ce caractère occulte.

Pour qu'elle le possède à l'origine, il faut que, dans l'acte qui la constitue, ne se glisse aucune clause incompatible avec lui ; pour qu'elle le conserve, chaque associé doit appliquer ses soins, non pas à faire mystère de cette association, mais à ne pas laisser croire aux tiers, qu'en agissant pour le compte de la société, il engage, avec la sienne propre, la responsabilité de ses co-associés ; celui qui traite pour la société ne doit le faire qu'en son propre nom et à titre de simple particulier.

Mais ces règles ont pu être enfreintes.

La facilité de la preuve de la participation, la dispense de publicité et d'écrit dont elle est l'objet, le défaut d'action directe et solidaire des tiers contre les participants, sont autant d'avantages qui poussent les membres d'une société à adopter de préférence cette forme pour atteindre en commun le but qu'ils poursuivent.

136. — Mais, dans sa constitution, la participation peut être viciée par une clause en opposition bien nette avec son caractère occulte, l'adoption, par exemple, d'une raison sociale sous laquelle son gérant pourrait traiter « nomine sociali ».

La présence d'une telle clause faisant perdre à la participation son caractère essentiel, on doit en déduire que la dénomination de participation lui a été faussement attribuée.

Quelles sont les conséquences de cette fausse qualification ?

La société dénommée à tort participation, appartient en réalité à l'une des catégories qu'énumère l'article 19 du Code de Commerce et comme telle elle est soumise aux formalités de publicité qui sont exigées de ces sociétés ; ces formalités n'ont pas été remplies, c'est la plupart du temps la perspective de s'en dispenser qui a amené les associés à adopter cette forme mensongère ; mais elles sont exigées à peine de nullité, la sanction de leur inobservation s'applique alors dans toute sa rigueur, la société ainsi constituée est nulle, non pas comme participation,

mais comme société en nom collectif, en commandite ou anonyme irrégulièrement constituée.

La nullité s'applique suivant les règles admises à l'égard de ces sociétés, nous n'avons pas à les examiner ici.

137. — A qui appartient le pouvoir de décider que cette société n'est pas une association en participation mais une société d'une autre catégorie ?

Plusieurs auteurs (1) admettent que c'est là une question de fait pour la solution de laquelle les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation. La Cour de Cassation a plusieurs fois eu l'occasion de se prononcer en ce sens (2).

Il nous semble plus conforme au rôle de la Cour de Cassation comparé avec celui des autres Cours et Tribunaux d'admettre que si ceux-ci ont un pouvoir souverain pour constater les faits, la décision que ces faits sont caractéristiques de telle ou telle espèce de société, est sou-

---

(1) Pardessus, N° 1046 in fine ; Boistel, N° 368 in fine ; Alauzet, N° 252 ; Arthuys, N° 306.

(2) Cass. 5 juillet 1825, S, 26, 1, 413, D. 25, 1, 354 ; 7 décembre 1836, S. 37, 1, 650, D. 37, 1, 219 ; 8 janvier 1840, D. 40, 1, 52, S. 40, 1, 19 ; 23 février 1864, S. 64, 1, 63, D. 64, 1, 137 ; 8 mai 1807, S. 67, 1, 113 ; 8 juillet 1879, S, 81, 1, 317, et le renvoi ; 30 juin 1881, S. 84, 1, 30, D. 83, 1, 252 ; 31 juillet 1893, S. 96, 1, 284, D. 94, 1, 261. V. aussi 2 janvier 1901. S. 02, 1, 222.

mise au contrôle de cette Cour, parce qu'il y a là une véritable question de droit (1).

138. — Supposons maintenant que dans la constitution de leur société, les participants n'aient commis aucune faute qui soit de nature à lui faire perdre son caractère occulte, mais qu'au cours de son fonctionnement, ils aient, par leurs agissements, amené les tiers à croire à l'existence entre eux d'une société entraînant leur responsabilité solidaire, d'une société en nom collectif par exemple.

Les auteurs (2) et la jurisprudence (3) sont à peu près unanimes à déclarer que les participants ainsi coupables d'avoir induit les tiers en erreur, sont responsables solidairement des obligations qu'ils se sont fait consentir par eux au moyen de cette erreur.

---

(1) Houpin, N° 245 ; Lyon-Caen et Renault, N° 1054 ; Poulle, N° 52 ; Vavasseur, N° 316 ; Molinier, N° 573 ; Delangle, N° 206 ; Rousseau, N° 1730 ; Bordeaux, 6 février 1849, S. 49, 2, 535, D. 51, 2, 229 ; Nancy, 25 avril 1853, S. 55, 2, 535, D. 55, 2, 349 ; Agen, 23 novembre 1853, S. 54, 2, 23, D. 55, 5, 420 ; Rennes, 28 janvier 1856. S. 57, 2, 10, D. 56, 2, 182 ; Cass. 4 juin 1860, S. 61, 1, 75 ; 20 juin 1881, D. 83, 1, 262 ; 2 février 1887, D. 87, 1, 439 ; 5 décembre 1887, D. 88, 1, 430 ; V. Pandectes françaises, N° 102, 132.

(2) Molinier, N^{os} 595 à 599 ; Delangle, N^{os} 603 à 605 ; Rousseau, N° 1826, Bédarride, N° 442 ; Boistel, N° 371 ; Alauzet, N° 251 ; Troplong, N° 499.

(3) Nancy, 8 février 1848, D. 48, 2, 183 ; Metz, 29 novembre 1854, D. 55, 1, 135 ; Aix, 4 juin 1868, D. 69, 2, 242 ; Poitiers, 6 avril 1870, D. 70, 2, 192 ; Cas. 23 juillet 1877, D. 78, 1, 88 ; 31 juillet 1893. D. 94, 1, 261.

139. — Pour expliquer cette conséquence, de rares auteurs prétendent que les agissements coupables des associés feraient dégénérer l'association en participation en société en nom collectif.

Cette explication n'est pas admissible.

En effet, la société en nom collectif, ainsi formée, serait irrégulière pour défaut d'accomplissement des formalités de publicité, et l'on ne pourrait pas, cependant, en demander la nullité pour cette raison, parce qu'au moment de sa constitution, cette société était une véritable participation, dispensée comme telle des formalités exigées pour les autres sociétés (1). Cette théorie, poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences, aboutirait à un résultat absurde, car, suivant elle, les associés auraient un moyen de tourner les prescriptions édictées par le législateur pour la formation des sociétés en nom collectif ; pour éviter de remplir les formalités de publicité, ils n'auraient qu'à former une participation qu'ils feraient dégénérer par la suite en société en nom collectif.

140. — Suivant une autre théorie (2), l'action donnée aux tiers, contre les associés qui les ont induits en erreur, résulte du quasi-délit que ces associés ont commis à leur égard, et du dommage qu'ils leur ont causé par leur faute, à la réparation duquels ils sont tenus en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil.

---

(1) Pandectes françaises, N° 570 ; Pont, N° 1797.

(2) Pont, N° 1798 ; Vavasseur, N° 322 ; Houpin, N° 269 ; Poulle, N° 58 ; Pandectes françaises, N° 571.

plutôt que comme liés par une société d'une autre catégorie, parce que la société en nom collectif est la seule dont tous les membres soient responsables, solidairement et sur tous leurs biens, des engagements d'un seul ; pour que la réparation de l'acte dommageable soit complète, il faut donc que tout se passe comme s'il y avait entre les associés coupables une véritable société en nom collectif, et que, par conséquent, l'action donnée aux tiers trompés contre eux, soit une action solidaire.

CHAPITRE II

Les participants sont unis entre eux par une véritable société. — Les conséquences.

142. — Il nous reste à tirer les conséquences de l'existence entre les participants d'une véritable société. Nous le ferons très rapidement, cette partie de notre étude n'étant qu'un rappel des principes admis aujourd'hui en matière de sociétés.

143. — Aux termes de l'article 18 du Code de commerce : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties ».

Les conventions ont une grande importance en matière de participation ; l'article 48 du Code de commerce laisse à cet égard aux participants une très grande liberté, et, pour le règlement de leurs rapports entre eux, il devra être tenu le plus grand compte de leurs stipulations. Mais ces stipulations ne doivent pas aller à l'encontre des règles fondamentales qui régissent toutes les sociétés et auxquelles la participation est, par conséquent, soumises.

D'ailleurs, les parties peuvent ne pas avoir tout prévu dans leurs conventions, c'est alors aux règles admises en matière de sociétés qu'il faudra se référer pour combler les lacunes.

144. — Comme toute société, l'association en participation doit tout d'abord remplir les conditions exigées de

tout contrat par l'article 1108 du Code civil, aux termes duquel : « Quatre conditions sont exigées pour la validité des conventions : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. »

145. — Elle doit, en outre, posséder les caractères essentiels que l'on doit rencontrer dans toute société et qui peuvent se ramener à trois principaux : 1° L'obligation pour les associés de partager les bénéfices (1) et les pertes (2) ; 2° La nécessité pour eux de faire un apport (3) ; 3° La volonté qu'ils doivent avoir de s'associer, l' « *affectio societatis* ».

146. — *a*) Sans insister sur chacune de ces conditions, remarquons qu'en cette matière l'erreur sur la personne est substantielle et, par conséquent, vicie le consentement assez gravement pour entraîner la nullité du contrat. L'association en participation est, en effet, une des sociétés qui sont contractées « *intuitu personœ* ».

147. — *b*) Les conditions de capacité exigées d'un associé varient suivant l'étendue de la responsabilité qu'il assume. Elles seront évidemment moins rigoureuses pour les membres d'une société qui ne se trouvent tenus que jusqu'à concurrence du montant de leurs apports, les

---

(1) Art. 1832. C. civ.
(2) Art. 1855. C. civ.
(3) Art. 1833. C. civ.

commanditaires par exemple, que pour ceux, comme les associés en nom collectif, qui sont tenus « *in infinitum* » de leur part dans les dettes de la société.

Pour les premiers, la capacité de faire les actes d'administration suffit, car on peut assimiler à un placement de capitaux l'adhésion à une société dans ces conditions.

Dans le deuxième cas, au contraire, les associés doivent avoir la capacité de s'obliger et d'aliéner puisqu'ils engagent, pour sûreté de leurs obligations d'associés, tous leurs biens mobiliers et immobiliers (1).

En matière de société, l'obligation « *in infinitum* » des associés est la règle, et la responsabilité limitée l'exception.

La règle doit être appliquée toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogé par les conventions des parties. L'intention des associés d'y déroger résultera, par exemple, de ce qu'ils auront adopté l'une des formes de sociétés commerciales qui réduisent la responsabilité de leurs membres au montant de leur apport.

En l'absence de convention contraire, il faut donc décider que les associés en participation sont tenus « *in infinitum* » et doivent avoir la capacité de s'obliger et d'aliéner ; si leur responsabilité a été limitée par une clause spéciale du contrat, la capacité d'administrer leur sera suffisante.

Le caractère occulte de cette société oblige celui des as-

---

(1) Houpin, N° 18 ; Arthuys N° 11 et s.

sociés qui a la charge de l'administration à agir en son propre nom, il doit donc posséder la capacité de faire le commerce, car il devient commerçant, si l'objet de la participation consiste dans des opérations commerciales ; il n'en est pas de même des participants inactifs qui n'acquièrent pas la qualité de commerçants par le fait de leur adhésion à la participation, car leur simple qualité d'associés non gérants ne les oblige à faire aucune opération de commerce.

Quant à la prohibition de la société entre époux comme portant atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, elle doit s'appliquer, pour ceux qui l'admettent, à la participation comme aux autres sociétés.

148. — *c*) L'objet de tout contrat doit être certain (1), c'est là la seule condition exigée de celui de la participation pour le choix duquel l'article 48 du Code de Commerce laisse aux associés la plus entière liberté ; et, bien que l'article 47 du Code de Commerce ne parle que des associations commerciales en participation, plusieurs auteurs prétendent que ce genre de société peut tout aussi bien s'appliquer à des opérations civiles (2).

149. — *d*) La cause doit être licite ; l'inobservation de cette condition entraîne la nullité de toute participation contractée dans un but prohibé par la loi, ou contraire,

---

(1) Art. 1108. C. civ.

(2) Houpin, op. cit. N° 250 ; Poullet, op. cit. N° 88 ; Dalloz, suppl., N° 1682.

à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Les prohibitions de la loi ne peuvent laisser place à aucun doute, mais la question de savoir si la cause d'un contrat de participation est contraire ou non à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, dépend de l'appréciation des tribunaux et la même espèce pourrait recevoir des solutions différentes ; le danger de cette situation est atténué parce que, pour chaque espèce, il s'est établi un courant constant de jurisprudence qui permet d'énumérer les causes qui peuvent être considérées aujourd'hui comme devant entraîner, pour raison d'illicéité, la nullité des sociétés et, par conséquent, des participations dont elles seraient l'objectif (1).

150. — *e*) L'existence d'une véritable société entre les participants les oblige à prendre part aux pertes comme aux bénéfices (2).

Le partage des bénéfices est le but que les associés se sont proposé d'atteindre, mais, dans le cas où il ne s'en est pas produit, les pertes de l'opération doivent être supportées par chacun pour une certaine part. L'exonération totale des pertes serait contraire à la règle de l'article 1855 2° du Code civil et la convention qui contiendrait une clause de ce genre ne pourrait être considérée comme une participation valable.

151. — *f*) Les participants comme tous associés sont

---

(1) V. Houpin, N° 32 ; Arthuys, N° 24 et s.
(2) Art. 1832 et 1855. C. civ.

tenus à l'obligation de faire un apport. Les apports ne peuvent pas être réunis pour former un capital social ; leur sort est déterminé par la convention des parties et, en l'absence de stipulations spéciales, ils restent la propriété de chacun des associés.

152. — *g*) Il est une dernière condition qui est exigée de la participation, parce qu'elle est une société, c'est que les participants aient eu l'intention de s'associer l' « *affectio societatis* », à défaut de laquelle ils auraient pu former un autre contrat, mais non pas une véritable participation.

Toutes les conditions que nous venons d'énumérer sont essentielles à la participation comme à toute société. La prétendue participation qui ne les remplirait pas toutes serait nulle, ou devrait être considérée comme appartenant à une autre catégorie de contrats.

153. — A la différence des autres conditions, l'intention de s'associer est propre à la société. Elle a ainsi une grande importance, car elle permet de distinguer la participation de certains contrats, que la présence d'une ou de plusieurs des autres conditions pourrait faire confondre avec elle, et cette distinction présente un grand intérêt.

Cet intérêt résulte de ce que la société crée, entre ses membres, des rapports d'égalité qui ne se retrouvent pas ailleurs et obéit à des règles propres qui ne sont pas applicables aux autres contrats.

Ainsi, le contrat par lequel un officier ministériel, autre qu'un agent de change, intéresse ses employés aux bé-

néfices de sa charge, serait nul comme ayant un objet contraire à l'ordre public, s'il était une société, tandis qu'il serait valable s'il pouvait être considéré comme un louage de services avec participation aux bénéfices. Cette différence tient à ce que la société établirait entre l'officier ministériel et ses clercs des rapports d'égalité qui sont incompatibles avec son indépendance et que ne comporte pas le louage de services.

Ainsi, le prêt avec participation aux bénéfices, ressemble en beaucoup de points à la société, il sera cependant très intéressant de les distinguer ; car la stipulation d'une participation aux bénéfices, essentielle à la société, pourrait, en matière civile du moins, faire considérer le contrat de prêt, qui la contiendrait, comme usuraire.

Ainsi encore, le droit d'enregistrement perçu sur le montant d'un apport est de 0 fr. 20 pour cent, tandis qu'il est de 1 pour cent sur le montant d'un prêt.

Nous pourrions multiplier les exemples. Chaque contrat, par le fait même qu'il appartient à une catégorie déterminée, a ses caractères spéciaux et obéit à des règles propres auxquelles ne sont pas soumis ceux d'une autre catégorie, et une étude comparative des effets de la société et de ceux des autres contrats nous montrerait toute l'importance qu'il y a à ne pas les confondre.

154. — Cette confusion est peu à craindre à l'égard des sociétés commerciales autres que la participation. Ces sociétés sont en effet soumises, pour la validité de leur constitution, à des formalités de publicité exigées à peine

de nullité et dont l'accomplissement fera présumer avec évidence l'intention que les parties auront eue de s'associer. A cause de cette publicité d'ailleurs, l'emploi de ces formes sera évité par ceux qui se proposeraient d'atteindre en société des buts illicites, ou, d'une façon générale, d'éluder l'une des conditions de capacité ou autres que nous avons indiquées comme essentielles au contrat de société : aussi, est-ce rarement à propos de ces formes que la jurisprudence aura à faire la distinction entre la société et les contrats qui s'en rapprochent.

155. — Il n'en est pas de même pour la participation (1). Son caractère occulte, et la dispense de publicité qui en résulte, en feront tout naturellement adopter la forme par ceux qui voudront enfreindre l'une des prescriptions édictées à l'égard de toute société. Elle sera employée, par exemple, pour constituer une société entre membres qui ne rempliraient pas les conditions de capacité requises, pour atteindre en société un but considéré comme illicite, lorsque les associés voudront avantager l'un d'eux en lui attribuant la totalité des bénéfices, ou en l'exonérant de toute contribution aux pertes, ou en le dispensant de faire un apport, etc. La participation ainsi constituée serait nulle, mais, comme elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers, ceux-ci n'auraient point intérêt à en faire prononcer la nullité, et elle pourrait être suivie d'effets si les parties contractantes ne contestaient pas sa validité.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit. T. II, 2e partie, N° 1051.

Mais, dans le cas où la question de sa nullité se poserait, il serait très intéressant de savoir si l'on se trouve en présence d'une participation ou d'un autre contrat, car certaines clauses qui entraîneraient la nullité de la convention de société qui les contiendrait, seraient valablement stipulées dans un contrat d'une autre espèce. C'est ainsi que l'exonération totale des pertes stipulée au profit d'un associé serait une cause de nullité de la société, tandis qu'elle pourraît être valablement stipulée au profit du prêteur d'une somme d'argent intéressé aux bénéfices de son emprunteur.

La nature du contrat devra être déterminée d'après l'intention des parties. Mais, l'intention de former une société, lorsqu'elle n'aura pas été formellement exprimée, n'apparaîtra pas toujours clairement dans la société occulte qu'est la participation ; elle devra être recherchée dans les circonstances qui ont accompagné la formation du contrat, les Tribunaux la déduiront notamment du fait que tous les autres éléments essentiels de la société s'y trouveront réunis.

Les juges du fait ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation ; s'ils reconnaissent que les parties ont eu l'intention de s'associer, le contrat sera considéré comme une participation valable ou non, suivant que toutes les autres conditions essentielles au contrat de société auront été remplies ou non ; s'ils déduisent des conventions des parties qu'elles ont voulu former un contrat d'un autre genre, ces conventions seront soumises aux règles de ce genre de contrats.

Mais lorsque, comme nous l'avons supposé, la participation ne remplira pas toutes les conditions exigées de toute société, il sera très difficile de déterminer l'ntention des parties contractantes, il en résultera pour cette société, un très grand danger d'être confondue avec un des contrats qui y ressemblent (1).

---

(1) Citons parmi ces contrats : Le louage de services avec participation du commis aux bénéfices de son patron, le prêt avec participation du prêteur aux bénéfices de l'emprunteur ; le louage d'une chose, avec stipulation que le loyer consistera dans le droit du bailleur à une part des bénéfices du preneur ; la cession, moyennant une part de bénéfices, d'un droit de propriété littéraire ou autre, le colonage partiaire, le métayage, etc. V. Lyon-Caen et Renault, op. cit. T. II. 1re partie, Nos 57 à 66 bis. Dans ces contrats la plupart des éléments essentiels de la société se trouvent réunis ; le commis intéressé, le prêteur, le bailleur, le cédant, le colon, le métayer font apport, en effet, suivant les cas, de leur industrie, de leur argent, de la jouissance ou de la propriété de leurs biens, prennent une part aux bénéfices, et, en cas de pertes, y contribuent au moins pour la part de bénéfices à laquelle ils avaient droit et dont ils ont été privés. Ils ne sont cependant pas des sociétés, parce que les parties n'ont pas eu l'intention d'établir entre elles les rapports spéciaux d'égalité, que crée la société entre ses membres.

CONCLUSION

156. — Il résulte de cette étude que la doctrine est aujourd'hui unanime à reconnaître à l'association en participation le caractère de véritable société se distinguant des autres par son caractère occulte et que la jurisprudence, aujourd'hui constante, consacre l'opinion des auteurs par des applications fréquentes.

S'il n'en a pas toujours été ainsi, et si les opinions les plus contradictoires ont été émises sur la nature de cette société, c'est que, pour la déterminer, on n'a pas toujours tenu compte de son origine.

L'insuffisance des textes que nous possédons sur cette matière, nous a obligés à rechercher dans les auteurs anciens les caractères de la participation ; et la définition de société occulte que nous en avons donnée, n'est que la reproduction, sous une forme un peu différente, mais avec le même sens, de celle de société anonyme qui servait à la désigner à l'époque de l'ordonnance de 1673. Les documents

que nous possédons sur la participation à cette époque étaient la seule source à laquelle il était possible de puiser puisque le législateur n'a rien innové dans le Code de Commerce ; la doctrine et la jurisprudence modernes s'y sont l'une et l'autre inspirées, c'est de là que provient leur unanimité qui supplée heureusement au silence du législateur.

Mais, pour éviter le retour des contradictions des auteurs et des incertitudes des arrêts, il serait à souhaiter que le législateur revisât les dispositions du Code de commerce qui traitent de l'association en participation et fixât dans des termes précis les caractères qui la distinguent.

Le premier objet de cette réforme devrait être de compléter l'énumération que l'article 19 du Code de commerce donne des sociétés commerciales en y ajoutant la société en participation.

Les autres dispositions qui réglementeraient cette société auraient pour but de la définir par son caractère occulte et de déterminer les différences existant entre elle et les autres sociétés, par suite de ce caractère.

Ainsi, l'association en participation prendrait, dans le Code de commerce et parmi les sociétés, la place à laquelle lui donnent droit le grand nombre d'applications qu'elle reçoit dans la pratique.

Ainsi, le danger des divergences d'opinions sur sa nature ne serait plus à craindre comme aussi on n'aurait plus à redouter les fluctuations de la jurisprudence.

Il en résulterait, on peut le prévoir, dans le développement déjà considérable de ces sociétés, un progrès qui serait tout à l'avantage de l'industrie et du commerce français.

Vu :
E. BAILLY.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

que nous possédons sur la participation à cette époque étaient la seule source à laquelle il était possible de puiser puisque le législateur n'a rien innové dans le Code de Commerce ; la doctrine et la jurisprudence modernes s'y sont l'une et l'autre inspirées, c'est de là que provient leur unanimité qui supplée heureusement au silence du législateur.

Mais, pour éviter le retour des contradictions des auteurs et des incertitudes des arrêts, il serait à souhaiter que le législateur revisât les dispositions du Code de commerce qui traitent de l'association en participation et fixât dans des termes précis les caractères qui la distinguent.

Le premier objet de cette réforme devrait être de compléter l'énumération que l'article 19 du Code de commerce donne des sociétés commerciales en y ajoutant la société en participation.

Les autres dispositions qui réglementeraient cette société auraient pour but de la définir par son caractère occulte et de déterminer les différences existant entre elle et les autres sociétés, par suite de ce caractère.

Ainsi, l'association en participation prendrait, dans le Code de commerce et parmi les sociétés, la place à laquelle lui donnent droit le grand nombre d'applications qu'elle reçoit dans la pratique.

Ainsi, le danger des divergences d'opinions sur sa nature ne serait plus à craindre comme aussi on n'aurait plus à redouter les fluctuations de la jurisprudence.

Il en résulterait, on peut le prévoir, dans le développement déjà considérable de ces sociétés, un progrès qui serait tout à l'avantage de l'industrie et du commerce français.

Vu :
E. BAILLY.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE 7

INTRODUCTION 9

PREMIÈRE PARTIE

Détermination des caractères de l'Association en participation

CHAPITRE I. — Historique..... 15
§ I. Période antérieure au moyen-âge..... 15
§ II. La participation en Italie..... 18
§ III. La participation sous l'Ordonnance de 1673..... 23
§ IV. L'Association en participation dans le Code de Commerce 30
CHAPITRE II. — Caractère distinctif de l'Association en participation 33
§ I. Intérêt de la distinction entre la participation et les sociétés énumérées par l'article 19 du Code de Commerce 94
§ II. Théorie suivant laquelle l'Association en participation se distingue des autres sociétés par son objet. — Sa réfutation 37
§ III. L'Association en participation se distingue des autres sociétés commerciales par son caractère occulte 58
CHAPITRE III. — La participation est-elle une véritable société ? 75
§ I. Système suivant lequel la participation est en tous points une véritable société. Sa réfutation..... 75
§ II. Système qui refuse catégoriquement à la participation le caractère de société. Sa réfutation..... 81
§ III. La participation est une véritable société, mais seulement dans les rapports des associés entre eux 84

DEUXIÈME PARTIE

Conséquences des caractères de l'association en participation 95

CHAPITRE I. — L'association en participation n'a pas d'existence à l'égard des tiers. — Les conséquences de ce principe..... 99

SECTION I. — L'association en participation ne jouit pas de la personnalité morale..... 101

§ I. Le principe 101

§ II. Les conséquences du défaut de personnalité de l'association en participation 114

I. L'association en participation ne peut être propriétaire d'un capital social 114

II. Les participants inactifs n'ont ni action directe ni action solidaire contre les tiers et réciproquement. 122

III. — L'association en participation ne peut être mise en faillite ni en liquidation judiciaire. Elle se termine non par une liquidation, mais par un compte de profits et pertes 130

IV. — La participation ne peut ester en justice 132

V. — La compensation s'opère entre les créances personnelles du gérant et les dettes qu'il a contractées pour le compte de la société, et inversement..... 134

VI. — L'article 529 du Code civil n'est pas applicable à la participation..... 134

VII. L'association en participation ne peut émettre de titres négociables 135

SECTION II. — Autres conséquences du caractère occulte de l'association en participation..... 139

I. La participation ne peut avoir de raison sociale. 139

II. L'association en participation ne peut avoir de domicile social 140

III. L'association en participation est dispensée des formalités de publicité 142

SECTION III. — Conséquences pour une association en participation de la perte de son caractère occulte. 143

CHAPITRE II. — Les participants sont unis entre eux par une véritable société. Les conséquences..... 151

CONCLUSION 161

CLERMONT-FERRAND
IMPRIMERIE MODERNE
15, RUE DU PORT